Decis.
19
c - 1

Bruninck

Decis
19c-1

Goswin Joseph von Buininck
Gülich- und Bergischen Geheim- wie auch Oberappellationsgerichts Raths, und Bibliothecarius

Neueste Sammlung merkwürdiger Rechtshändel

Erster Band

Düsseldorf,
bey Joh. Christ. Dänzer
1791.

Bayerische Staatsbibliothek München

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Meinem vorherigen Versprechen gemäs hätte gegenwärtiger Band, schon längstens erscheinen sollen. Indessen liegt nicht die Schuld an mir. Sehr viele, und schier steets aufeinander gefolgte Zufällen seynd es, welche mich verhindert, und abgehalten haben. Alle diese nach der Ordnung anzuführen, würde vielleichte allzu weitläuftig fallen, und einige auch nicht genug bedeutend scheinen. Ich solle dahero nur den hauptsächlichsten kürzlich berühren.

Das grosse Wasser, welches wie eine Sündfluth bekenntlich im Jahre 1784 ganze Oerter, und Länder in aller Geschwinde überschwemmet hat, schwolle in hiesiger Stadt von sechs Uhren Morgens so auf, daß es

schon um zwey Uhren Nachmittags in meiner Schreibstube, und Büchersaale drange. Ich liesse also zu den meinigen auch noch Handwerksleute rufen, und so viel raumen, als ich konnte, und nöthig erachtete. Dabey ware die Ordnung um so weniger beyzubehalten, als eines Theils die Schreiner, und Schlösser mit denen Hausgenossen zu gleicher Zeit arbeiten, mithin öfters einer dem andern in dem Weege stehen muste. Andern Theils liesse auch das schon über einen halben Fuß hoch in meinem Hause angewachsene Wasser keine Verweilung, und Ueberlegung zu: daher fassete ein jeder in Eile, dasjenige an, was ihme zur Hand am nächsten ware. So nahme der gröste Theil meiner Hausgenossen, und Schreinergesellen (von denen Verrichtungen derer übrigen zu erwehnen ist hier der Ort, und Zeit nicht,)

die

die Bücher, und Schriften, die ersten die besten durcheinander, trugen sie ins obere Stock, und thümerten sie allda nach ihrem Gutfinden in denen Zimmeren ohne Unterschied auf. Dieses ware lange nicht alles, sondern das argste folgte noch erst. Nach abgegangenen Handwerksleuten, welche bey einfallendem Abend, und anhaltendem Wachsthume des Wassers nach Hause eilten, und dahin aus meinem Hause schon mit einem Schiffe fahren musten, ist das Wasser während der Nacht wider alles menschlichen Vermuthen dergestalt gestiegen, daß es nicht allein einige Gefächer, worinnen noch Bücher standen, erreichet, sondern auch die Schränken, und Schubladen durchdrungen, und angefüllet hat, worinnen ein grosser Theil meiner Handschriften, wie auch sonstiger Nachrichten und Urkunden lagen.

Die leidigen Würkungen, und Folgen davon kan ein jeder sich leichte vorstellen. Erst einige Zeit nach gefallenem Wasser konnten über 400 gequollene Folianten aus denen Gefächeren mit vieler Gewalt gezwungen, und denen Buchbindern zu waschen, trocknen, und wieder binden zugeführet, so dann die Schränken, und Schubladen geöfnet, die Briefschaften herausgenommen, von dem hinterlässenem Lette gesaubert, in verschiedenen Zimmeren theils auseinander gelegt, theils aufgehenkt, getrocknet, und demnach wiederum zusammen gesammlet werden.

Solle dieses alles wohl ganz ordentlich habe geschehen mögen? Ich kan leider am besten davon reden. Wie ich die Schriften wiederum in Ordnung bringen wollte, so fande ich wenige ganzen Werken, sondern meistentheils Stücker, wovon noch einige so

verblaßt, und vermodert waren, daß sie von neuem musten abgeschrieben werden. Ich wurde darüber ganz verdrießlich, und mit der Zeit sogar meiner Sammlung nicht mehr eingedenk. Zuweilen errinnerten gute Freunden und Landleute mich zwar daran, ich konnte zu der Fortsetzung aber mich um so weniger entschließen, als balde meine Gesundheits Umstände, und balde andere Vorfällen mich abhielten. Wie endlich nicht allein mehrere Landsleute mir näher zusetzten, sondern auch auswärtige Gelehrten die Fortsetzung meiner Sammlung anriethen, ja verlangten; so fassete ich Muth, nahme Gehülfe, durchsuchte zu müßigen, und freien Stunden die einschlagenden Schriften, musterte die mangelhaften, unlesbar gewordenen und ganz vermoderten aus, durchgienge die übrigen näher, suchte den Zusammenhang,

ergänzte den Abgang, herstellte die Ordnung und brachte mit aller Mühe, und Fleisse noch einige vollständige Bände, oder Theilen heraus, ohne jene mitzurechnen, welche ich nach dem Jahre 1784 bis dahin wiederum gesammlet habe.

Demnach solle ich also die alte Schuld jetz abzuführen, unermangelen, und dabey der gänzlichen Zuversichte lebe, daß der bisherigen Verzögerung, und Aufenthalt ungeachtet der gegenwärtige, und alle folgenden Theilen mit eben dem gütigen Beyfalle, als die vorherigen werden aufgenommen werden. Des Endes bemerke, daß der Herr Dänzer sich entschlossen habe, jährlich wenigstens einen Theil zu lieferen. Düsseldorf den 1. Merz 1791.

Inn-

Innhalt.

		Pag.
I.	Von Dienstentlassung — —	1
II.	Von allzufrühzeitiger Verpfachtung geistlicher Güter — —	9
III.	Von wiederhohlten Versprechungen	17
IV.	Von Erhebung des Zehendens —	29
V.	Von Zeugen = Verhöre zu ewiger Gedächtnüsse — — —	39
VI.	Von Wetter = Vortache —	44
VII.	Von Rückschiebung des Eides	59
VIII.	Von Consolidirung derer Lehnspliessen	62
IX.	Von Feldweegeu — —	76
X.	Von Genehmung, und Bestättigung des von der Ehefrau errichteten Testaments — — —	88
XI.	Von Weidgangs=Gerechtigkeit —	107
XII.	Von Jagd = Gerechtigkeit —	119

XIII. Von

XIII. Von Einwerfung, oder Collation des von denen Elteren bereits empfangenen — — — 132

XIV. Von Restitutione in integrum brevi manu — — — 148

XV. Von verabredetem Vergleiche — 151

XVI. Von Handlungs-Gesellschaft — 166

XVII. Von der Constitutione anastasiana 189

XVIII. Von Bestimmung des erbschaftlichen Antheils — — 215

XIX. Von Statutarischer Nutzniessung derer Fideicommißgüter — 231

XX. Von Churmedlehnen, und derer Gerechtsamen — — — 249

I.

Von Dienst-Entlassung.

---

§. 1.

Der dermalige Unterherr zu R. hat am 10. Jenner 1760. den Johann S. zu seinem Vogt, und Lehnhalter der Unterherrschaft, so lange ihme gefällig seyn wird, auf- und angenommen, sodann am sechsten April 1763 das Gericht zusammen berufen, und vor demselben erkläret, daß er den bisherigen Vogt S. der Vogtey Bedienung zu entlassen, und den Johann S. zum Vogt seiner Herrschaft anzuordnen gesinnet wäre.

§. 2.

Wider dieses Verfahren hat der Vogt S. aufangs nur lediglich protestiret. Als aber demohngeachtet mit Beeydung des neuen Vogtes fortgefahren wurde, so hat vorerwehnter Vogt S. am 12. April schriftlich anhero appelliret. Wessenthalben nach eingeklagtem Bericht, und Gegenbericht nunmehro zu untersuchen, ob, und in wie weit die gebettene processus zu erkennen seyen.

§. 3.

Bekennter massen ist es noch eine ohnerörterte, und zweifelhafte Rechts Frage, ob ein Herr denjenigen, welchen er, so lange ihme gefallen wird, zu einer Bedienung auf- und angenommen, ohne einige Ursachen nach blosser Willkühre entlassen könne. Zu dessen Beweise habe ich dermalen ein mehreres nicht anzuführen, als folgende einzige Stelle des

BOEHMER *Exerc. ad π Tom. III. Lib. XIX. Exercit.* 57, *Cap.* 2. §. 2.

Quidam fuere, qui ante omnia videndum esse arbitrati sunt, utrum officia ad *beneplacitum* concessa fuerint, nec ne. De illo casu plura de natura *beneplaciti* congerunt, nec tamen sibi *circa revocationem officii* publica authoritate commissi satis constant. Testis sit JO. FONTANELLA *Tr. de Pactis nuptial.* qui relatis de *beneplaciti revocatione* D. D. opinionibus *part.* 1. *clausul.* 4. *Glossa* 10. num. 152. dicit, |*Ex his vides*,

nides, omnes fere concordare doctores, vix aliquo discrepante, quod requirat causæ cognitionem revocatio beneplaciti, a qua opinione ne solus, ac singularis videas, nec ego recedo, sed velim mihi concedatur dicere, quid sit, quod eam mihi, opinionem si non improbabilem, dubiam tamen reddat. De solo beneplacito loquitur FONTANELLA, & quamvis, ut ex allegato loco apparet, se consentire dicat cum aliis asserentibus, principem beneplacitum non nisi ex justa causa revocare posse, re ipsa tamen in contrariam sententiam abire videtur. Hieraus ziehe ich sodann die Folge, daß, gleichwie dahier eine noch ohnentschiedene Rechts-Frage obwaltet, also die gebettene processus um so ohnbedenklicher zu erkennen seyen, als eines theils der Appellant noch über dies erweisen will, daß er von dem Appellaten durch leere nicht erfolgte Verheissungen, und gar Bedrohungen ihn von der Vogts-Stelle abzusetzen, zu Abänderung des mit dem Appellaten vorhin geschlossenen Admodiation Contracts seye verleitet worden. Anderntheils auch die angerühmten Acten in Sachen Freyherrn von C. wider Wittib J., so dann Freyherrn von L. wider Schulteiß B. nicht bezeugen, in hiesigen Landen ausgemacht zu seyn, daß die Unterherren ihre Bedienten ohne Ursache entlassen, und der entlassene Bediente davon nicht appelliren können.

§. 4.

Solchemnach ist annoch zu untersuchen übrig, was für eine Würkung der Berufung beyzulegen

 seyn,

seyn. Der Appellat will aus den Weltlichen so wohl als Geistlichen Rechten, aus der gesunden Vernunft, und aus dem hiesigen Herkommen behaupten, daß der Berufung die Verschubs-Kraft und Würkung nicht möge beygeleget werden. Wahr ist zwar, und

in Leg. 3. Cod. Quorum appellat non recip.

versehen: Nulli officialium a sententia proprii judicis provocatio tribuatur, nisi in eo tantum negotio, quod ratione civili super patrimonio forte apud proprium judicem inchoaverit: scilicet ut in eo tantum negotio sententia ejus cui paret, judicis, quisquis velit, officialis appellet. Allein vorangezogenes Gesetz redet nur von dem Falle, wann ein Richter eine ihme untergebene Gerichtsperson wegen eines begangenen Amts-Fehlers bestrafet, wie solches nebst vielen andern

MORNACIUS *ad cit. Leg.* 3.

mit folgenden belehret: Nulla officialium a sententia proprii judicis provocatio tribuatur: ubi scilicet agitur de delicto in officio commisso, quia præsumitur non injuste condemnatus. Hæc ex textu, & interpretibus. Nota vero, & junge l. 2. supra de sportulis. Ex his enim duobus textibus probatur judicem jus dicere posse suis officialibus, ex apparitoribus, scribis, ex similibus, delinquentibus in officio. Da nun der Appellant keines Verbrechens halber, sondern aus

aus blosser Willkühre der Vogts-Stelle entlassen worden; so mag das angeführte Gesetz dahier um so weniger eintreffen, als selbiges nach Lehre des

GROENEWEGEN *de leg. abrog. ad Eod, Lib, VII. Tit.* 65. *Leg.* 3. *num,* 5.

ohnehin nicht mehr im Gebrauch, und Uebung ist, nisi eandem intelligas de civili correctione.

§. 5.

Aus jetzt angeführten Ursachen mag ebenfals keine Statt finden, was der Appellat zu seinem Vortheile aus dem Geistlichen Rechte anziehen will. Wann es

in Can. 41. *caus.* 2. *q.* 7.

heisset: Nulli quoque officialium a sententia proprii judicis provocatio tribuatur, nisi in eo tantum negotio, quod civili ratione super patrimonio forte apud proprium judicem inchoaverit; so leget sich ganz klar zu Tage; daß in dem Geistlichen Rechte nichts neues verordnet, sondern nur leniglich dasjenige widerhohlet worden, was die Weltlichen Rechten schon längstens vorgeschrieben hatten. Dahero das eine eben so wenig, als das andern dem Appellaten das Wort redet.

§. 6.

§. 6.

Vergeblich berufet auch ferner Appellat sich auf die gesunde Vernunft ab. Er hat zwar darinn vollkommen Recht, daß, wann der Berufung die Verschubskraft beygeleget werde, alsdann der Appellant noch einige Jahren bey der Bedienung sich halten könne. Was folget aber daraus mehr, als daß, wann der erregte Anstand gegründet seyn solte, der berufung überhaupts die Verschubs Kraft abgesprochen werden müsse; massen ein jeder, welcher im Besitze ist, denselben durch die rufung einige Zeit verlängern kan. Oder will der Appellat vielleichte seinen Satz nur auf die entlassenen Bediente einschränken so finde ich keine gegründete Ursache, warum man einem entlassenen Bedienten wenigere Hülfe daun allen andern Besitzeren leisten, und von der allgemeinen Regel eine Ausnahm machen solle, vovon in denen Rechten keine Spur zu finden ist. Ja will man die Sache nach der blossen Vernunft beurtheilen; so muß man vielmehr das gerade Gegentheil darum behaupten, weilen ansonst ein Herr, welcher entweder selbst, oder wessen Sachwalter die Kunst, Rechtshändel zu verlängern, ebenfals verstehet, bewürken könnte, daß der entlassene Bediente einige Jahren Dienstloß, und daher aus Mangel der nöthigen Lebens-Mittelen von seinem angehobenen Proceß abzulaßen, und andere Dienste zu suchen gezwungen seyn würde. Zu dessen mehrerer Bestättignng gereichet annoch, was der berühmte Cammer-Gerichts Beysitzer

Frey-

Freyherr von CRAMER *Observ. Tom. II. Pert. 1. Obs.* 565.

schreibt: Certe pendente lite quid innovaretur, attentatumque committeretur, ob quod appellans litem in appellatorio prosequi, velut ad exceptiones productas replicare non teneretur, priusquam omnia ad statum quo reducta: etsi quoque officium temporarium, nec perpetuum, seu indefinite concessum assereretur, quo casu omne jus sive Dominii, sive possessionis ex contractu, ergo & locationis conductionis finito contractu finiri fidetur.

§. 7.

Jeztbelobter Rechtsgelehrter führet zugleich ein Beyspiel bey, daß im Falle, wo ein entlassener Stadtschreiber zu dem Kaiserlichen, und des Reichs Cammergerichte appelliret, dem Appellaten anbefohlen worden, dem Appellanten alle seinem Amte anklebenden Acidentien, und Emolumenten geniessen, weniger nicht in kunft seine Besoldung lite, & appellatione pendente richtig auszahlen, imgleichen die Stadt-Rechnungen verabfolgen zu lassen. Dieses giebt also ein ohnwidersprechliches Zeugnuß ab, daß kein allgemeines Rechts-Herkommen obhanden, vermög wessen der Berufung die Verschubskraft in dem Falle zu versagen, wann ein Bedienter von seiner Entlassung zu dem Oberrichter appelliret, und bey selbigem um Hülfe anrufet. Desgleichen ist mir von einem besondern Herkommen nichts bekennt,

kennt, vielmehr aus den geflogenen Acten in Sachen Freyherrn von B. wider Schulteiß B. zu ersehen, daß auf Anrufen des entlassenen Schulteißen B. dem Freyherrn von B. am 1a. April 1736 aufgegeben worden, wehrenden Processes keine Neuerungen zu veranlassen. Nichtweniger ist in Sachen Freyherrn von C. wider Wittib J. nicht nur erstgemeldtem Freyherrn von C. alles pendente lite in statu quo zu belassen anbefohlen, sondern auch dem Schulteissen zu A. den entlassenen Schulteiß bey der Bedienung zu handhaben aufgetragen, und diesen Verordnungen steetshin der Nachdruck gegeben worden.

§. 8.

Wannenhero plenarii processus und zugleich commissio zu erkennen wäre, die Gütlichkeit zu versucheu, und bey deren nicht Verfangung die Sache Ordnungsmässig zu instruiren.

II. Von

II.

Von allzufrühzeitiger Verpfachtung geistlicher Güter.

§. 1.

Der Verlebte Abt zu S. Freyherr von H. hat am dritten May 1739. dem Johann K. den zu L. gelegeneu Hof anf 12 nacheinander folgende Jahren verpfachtet, und den Pfachtbrief am 10. Sept. 1749 zum erstenmahl so dann am Vierten Jenner 1762 mithin noch wehrend denen Pfachtjahren zum andernmahl verpfächtet, und dabey die drockenen Weinkaufs-Gelder mit 65 Rthlr. zahlen lassen.

§. 2.

Dieweilen derselbe aber kurz darauf, und noch vor dem Anfange der znm zweitenmahl verlängerten Pfachtjahren verstorben; so hat der dermalige Abt Freyherr von S. im Jahre 1762 dem Anpfächter den Hof ordentlich aufgekündet.

§. 3.

Darüber ist von dem Pfächter bey hiesigem Hof-Rathe Klage geführet, und am 28. Mertz lau-

fenden Jahrs gesprochen worden, daß Kläger bey der neuen Anpfachtung des Hofes gegen das von ihme sub actis geschehene Erbiethen zu handhaben, und die aufgegangenen Kosten gegeneinander zu vergleichen seyen.

§. 4.

Von dieser am fünften April erhaltenen Urthel hat der Abt am sechsten selbigen Monaths appelliret, und am 10. dahier Revision gebetten, so dann am 13. die Strafgelder, erleget, mithin die Nothfristen richtig beobachtet.

§. 5.

In Betreff der Hauptsache ist nach Vorschrift der tridentinischen Kirchen-Versammlung in hiesigen

Decretis Synodalibus Part. III. Tit. XII. Cap. 3. §.3.

wiederhohlter versehen: Elorationes bonorum quorumcunque beneficiorum Ecclesiasticorum anticipatis solutionibus nunquam fiant; & si quæ fuerint factæ, easdem nullas, & irritas nec successores ullatenus obligare, etiamsi quocunque privilegio, vel indultu fulciantur, juxta Concilii Tridentini decretum declaramus: Hieraus machet sich nun der Schluß schon beym Anfange, daß gleichwie der verlebte Abt die Pfachtjahren am vierten Jenner 1762, mithin zwey Jahren

ren vor dem Ablaufe der wehrenden Pfachtjahren erneuert, und dafür auf den so genannten drockeuen Weinkauf 37 Reichsthaler gleich, und nachgehends noch 28 Reichsthaler empfangen habe; also der dermalige Abt an sothaner Erneuerung um so weniger verbunden seyn, als der vorige Abt deu Anfang der erneuerten Pfachtjahren nicht einmal erlebet, soudern schon im Jahre 1762 dieses Zeitliche verlassen hat.

§. 6.

Der Revisus vermeinet zwar eine Abänderung des abgefasten Schlusses dadurch zu beförde+ren, daß die Weinkaufs-Gelder unter der Pfacht selbsten nicht zu rechnen seien. Alleine eines theils belehret der

van ESPEN *in Jur. Ecclesiast. Part. II. Tit. XXXVI. Cap. 2. n.* 12.

ganz klar, daß die Entrichtung solcher Weinkaufs-Gelder unter denen Zahlungen ebenfals gehöre, und folglich eine Voreilige Entrichtung dem Nachfolger zum Schade, und Vervortheilung gereiche. Andern theils ist auch dahier jener Fall obhanden, wovon

REIFFENSTUEL *ad X. Lib. III. Tit. XVIII.* §. 3 *num.* 83.

schreibt: Si Prælatus, seu superior Ecclesiasticus, seu Beneficatus locat res suæ dignitati, aut be-

beneficio deputatas, atque ad suos reditus particulares, suamque sustentationem pertinentes, adeoque suo & non Ecclesiæ nomine, non tenetur locationi stare successor, consequenter nec datur actio contra eum; immassen der verlebte Abt ganz allein, und in seinem Namen den Hof verpfachtet, wie auch den Pfachtbrief ferner bestättiget, oder die Pfachtjahren erneuert hat.

§. 7.

Zum andern will der Revisus vorgeben, daß die Verlängerung derer Pfachtjahren mit Bewilligung, Gutsinden, und Bestimmung des jetzigen Abtens geschehen wäre. Das Angeben klinget wohl schön, indessen aber fehlet es an dem Beweise. Gestehet der Revident gleich, daß der Revisus nach der erschlichenen Verlängerung derer Pfachtjahren ihme, als damaligem Kellner, so dann dem Kuchenmeister aus Geheisse des vorigen Abtens einiges Geld gegeben hätte, wie alle Pfächter zu thun pflegeteu; so mag daraus jedannoch keine Bewilligung, oder Beystimmung gefolgert werden; immassen der Revident damals noch keine Bewilligung zu ertheilen hatte, mithin das Geld annehmen: und gleichwohl die Verlängerung derer Pfachtjahren auf ihren Werth, und Ohnwerth konnte beruhen lassen.

Doch gesetzt sogar, daß der Revident damals seine Bewilligung gegeben hätte; so wäre solches gleich=

gleichwohlen darum nicht verbindlich, weilen die voreilige Verlängerung derer Pfachten an sich nichtig, und Kraftloß ist. Quamvis enim regulariter contra pactum proprium nemini venire concedatur. *l. cum ex matre* 14. *Cod. de Rei vind.* fallit tamen, si factum sit ipso jure nullum.

ENGEL *ad X. Lib. III. Tit.* 13. *num.* 17.

§. 8.

Eben wenig gereichet dem Reviso zum Vortheile, daß er als abteylicher Pfächter dem Revidenten nach der Wahl Glück gewünschet, und dabey ein Geschenck von einer Carolin, und einer Pistol gemachet habe. Dann entweder hat derselbe solches allen übrigen Pfächteren gleich, oder für sich allein gethan? Ist das erstere, so hat er an der Verrichtung keinen mehrern noch grössern Antheil, als alle andern zu nehmen. Fals er auch der einzige gewesen wäre, welcher um den Abt, auf eine ausnehmende Art sich verdienet machen wollen; so könnte er jedoch daraus ein mehreres nicht folgeren, dann daß, gleichwie seine Pfachtjahren sich allererst im Jahre 1764 endigten; also er in der Zwischenzeit den neuen Abt für seinen Herr, und Verpfächter anerkennen muste, und derowegen demselben ein Geschenck in der Absichte machen konnte, um in allen Vorfallenheiten milde behandelet zu werden.

§. 9.

Ferner kan auch den Revisum nicht schützen, daß sein Vatter schon im vorigen Jahrhundert von der Abtey den Hof angepfachtet, und er nicht nur in der Pfachtung bis auf die heutige Stunde fortgefahren, sondern auch jedesmal eine Bestättigung oder Verlängerung auf zwölf Jahre erhalten habe. Bekennter massen giebt es zwar einige Rechtsgelehrten, welche behaupten, daß jene Pfächtere, welche die gepfachtete Sache schon lange Jahren besessen, vor allen neuen Anpfächteren ein Vorzugs-Recht hätten. Bekennt ist es aber auch, was

LEYSER *in Medit. ad π. Vol. III. Spec.* 215. *med.* 1.

schreibt: Improbe faciunt conductores qui invitos locatores ad continuandam lapso tempore conductionem cogi, aut se eandem mercedem offerendo novis conductoribus præferri postulant. Solent tamen id facere sæpe, & omnes undique ratiunculas hanc in rem corradere. Imprimis ad possessionem longissimi temporis provocant, & consuetudinem relocandi multis actibus stabilitam urgent. Sed neutra eos tuetur. Nam quantumcunque fuerit tempus, quo prædium locatum tenuerunt, si de innitio constat, præscriptio nulla inducitur, sed conductor etiam post centum annos expelli potest. *L. 2. C. de Præscrip.* 30. *vel* 40 *ann.* Nec benignitas locatoris, qui hucusque conductores suos continuare

re' consuevit ipsum ut & in posterum hoc facias, obligat, nam quod ex gratia sit, jus nullum constituit. Gleichfalls ist bekennt was

BOEHMER *ad X. Lib. III. Tit.* 18. §. 6.

anführet: constat alias regulariter conductori priori *jus præferentiæ* nullum competere *L.* 32. *C. Locat.* cum finita locatione jus omne conductoris extinctum sit. PACION *cit. L. N.* 39. *B.* WILDVOGEL *cit. L.* Unice fere est exceptio in prædiorum fiscalium, & publicorum conductoribus, quibus singulariter hoc jus indultum est in *l.* 11. §. 1. *D. public. & vectig. l.* 4. *C. de locat. præd. civil.* CARPZOV *Part. II. C.* 37. *def.* 8. B. WILDVOGEL *cit. l.* PACJON *cit. l. n.* 112. unde sine dubio interpretes juris argumentum traxere ad *prædia Ecclesiastica*, quod, hæc cum *prædiis fiscalibus* & *publicis* paria, & eadem jura habeant. Vulgata est argumentandi ratio, sed prorsus erronea, & incongrua, uti ad *tit. XVI.* §. 16. *seqq.* plenius ostendi. Unde recte CARPZOV Lib. II. *Jurispr. Consist. def.* 305. *n.* 6. hoc privilegium conductoribus prædiorum Ecclesiasticorum denegat, ea de causa, quod hoc nulla lege cautum sit, adeoque tam diu in regula subsistendum sit, donec exceptio probata fuerit. Diesem ein mehreres beyzufügen halte ich darum für ohnnothig, und überflüssig, weilen ich festlich glaube, daß heutiges Tages schwerlich ein Rechtsgelehrter zu finden seye, welcher der gegenseitigen Meynung beypflichtet.

§. 10.

§. 10.

Was übrigens der Revisus von Verwendeten Bau-Kosten, geleisteten Lieferungen, und erlittenem Krieges Schade anreget, verdienet nicht einmal berühret zu werden. Eines theils ist das Angeben im mindesten nicht bescheiniget. Wäre auch andern theils selbiges gleich Vollständig erwiesen, so könnte es jedoch keine verlängerung derer Pfachtjahren, sondern nur das Recht den gepfachtenen Hof bis zu geschehener Befriedigung einzubehalten bewürken. Von einem solchen Rechte ist aber dahier die Frage nicht, und trift anbey ein, was

LEYSER *in Medit. ad π. Vol. IV. Spec.* 219. *med.* 4.

bemerket: Habet hoc jus retentionis locnm tunc, quum conductor forte expensas in rem conductam facit, easque liquido probare potest.

§. 11.

Solchemnach wäre also zu sprechen, daß Revisio wohl gebetten, das depositum wiederzugeben, und die bey hiesigem Hof-Rathe erdfnete Urthel dahin zu reformiren, daß Revisus gegen die von dem Revidenten anerbottene Ersetzung der von dem Reviso wegen der voreiligen Verlängerung, oder Erneuerung derer Pfachtjahren entrichteten Gelder, den angepfachteten Hof zu raumen schuldig,

dig, dahingegen die aufgegangenen Kosten gegeneinander zu vergleichen seyen.

III.

Von wiederhohlten Versprechungen.

§. 1.

Die Ehefrau Johann B. hat am sechsten August 1762 in der Stadt C. bey Kaufhändlern E. drey Ehlen Zitz gekaufet, und selbige mit zwey Cronenthaler, und drey Aachner Rathszeichen dezahlet. Wie nun der Kaufhändler das gegebene Geld falsch zu seyn wahrgenommen; so hat er die Ehefrau B. zu dem Gewalt-Gerichte geführet, und dadurch erwürket, daß die Ankäuferinn bey dem Kopfe ergriffen, und in der Wache gesetzet worden.

§. 2.

Um seine Frau aus der Gefangenschaft zu erlösen, und zu befreyen, hat der Johann B. den Vogt S. zu seinem Sachwalter angenommen, anbey den damals zu C. wohnenden Freyherr von K. um ihme hülfliche Hand zu leisten ersuchet, und selbigem zu Bestreitung der nöthigen Kosten,

und sonstigen Auslagen am 11. August durch seinen Sohn seine Hand- und Unterschrift, oder eine so genennte charta blanca dem Vorgeben nach zugestellet.

§. 3.

Darauf ist die Gefangene am 12. selbigen Monats derer Haften entlassen, und am nemlichen Tage auf der abgegebenen Handschrift ein Wechsel von 2700 Gulden, welche die Eheleuthe B. dem von K. innerhalb vier Wochen zahlen sollen, geschrieben, anbey von dem Johann Adolph B. einem Bruder des Johann B. ein Wechsel von hundert Ducaten dem Vogten S. mitgetheilet worden.

§. 4.

Dem ersten Wechselbriefe hat nicht nur die Ehefrau Johann B. ihr Merckzeichen beygesetzet, sondern auch der Johann Adolph B. sich dafür zum Selbstschuldner dargestellet, sodann der Joh. B. den Wechsel am zweyten Sept. auf vier Wochen, und der Johann Adolph B. am zweyten Oct. ebenfals auf vier Wochen verlängert, und endlich der Jobann B. darauf 967 Thaler Cöllnisch, oder Gülden abschläglich bezahlet.

§. 5.

Desgleichen hat drr Johann B. Namens seines Bruders den andern Wechsel am 20. August auf

auf sechs Wochen verlängeret, und am 18. Sept. darauf 20 Reichsthaler, und zwey Schweine in Abschlag bezahlet, sodann der Johann Adolph B. den Wechsel am ersten Oct. weiters auf vier Wochen verlängeret.

§. 6.

Solchemnach ist weder eine fernere Verlängerung ertheilet, noch eine fernere Zahlung verfüget, sondern alles in seinem Wesen gelassen worden, bis daran der Johann B. und Johann Adolph B. am 18. Jenner 1763 wider den Freyherrn von K., und Vogt S. bey hiesigem Hof-Rathe ex Lege si contendat, Klage anhuben, und bitteten die Glaubigern zu Auflegung derer Wechselbriefe, wie auch Angebung ihres vermeyntlichen Gerechtsams anzuhalten.

§. 7.

Als deme Zufolge die Beklagten ihre Wechsel-Briefe vorzeigeten, und dabey die Zahlung des Ueberrestes anverlangeten; so wendeten; die Kläger ein, daß gleichwie die Wechselbriefe zu keinem andern Ende, dann nur zu Befreyung der Ehefrauen, und zur Bestreitung der desfals erforderlichen Ausgaben ausgestellet, so dann bereits abschläglиche Zahlungen verfüget worden wären: also die Beklagten vorläufig nachweisen müsten, worzu, und welcher Gestalten die zahlten Gelder verwendet worden.

§. 8.

§. 8.

Hierüber entstunde also zwischen beeden Theilen eine ordentliche Rechtsirrung, und ergienge am 26. Nov. 1763 der Spruch: würden Beklagte über die ihrer Seits eingeklagten Wechselen von 2700 Gülden, und 100 Ducaten Einwendens ohngehindert eine förmliche Nachweisung, wohin die auf sothane Wechselen bereis abschläglich erhaltenen, und ferner forderenden Geldern verwendet worden, innerhalb sechs Wochen Zeit übergeben; so solle diesem vorgangen, oder auch bey dessen Entstehung ferner ergehen, was Rechtens.

§. 9.

Von dieser am 10. Dec. insinuirten Urthel haben die Beklagten am 19. selbigen Monats revidiret, und am 16. Jenner 1764 die Strafgelder erlegt, mithin die Nothfristen richtig beobachtet.

§. 10.

In Betreff der Hauptsache kommet erstens zu erwegen, daß des Johann B. Ehefrau am sechsten August 1762 gefänglich eingezogen, und am 12. selbigen Monats wiederum entlassen, mithin die ganze Untersuchung innerhalb sechs Tägen Zeit seye vollführet, und geendiget worden. Zum andern hat des Johann B. Ehefrau bey dem Gewalt-Gerichte zu C. ad interrog. 12. 15. 16. 18.

18. 25. & 32. geantwortet, daß sie, als sie nach C. gehen wollen, zu M. einen Jud, dessen Namen ihr ohnbewust, und welcher sonst klein, und mager, so dann mit einem greisen Rock bekleidet gewesen, und einen etwas bräunlichen Bart, wie auch seine eigene Haaren gehabt hätte, auf der Gassen von ohngefehr angetroffen, der Jud ihr seydene Lappen angebotten, sie aber selbige nicht gekauft, sondern ein Stück Goldes dem Juden zu wechselen gegeben, und dafür 15 Rthlr. worunter das falsche Geld gewesen wäre, bekommen hätte, ohne die Falschheit erkennt zu haben. Und endlich gestehen beede Revidenten, daß die Gelder ihnen einzig, und allein zu beförderender Befreyung, und wegen beförderter Befreyung der gefangenen Ehefrauen versprochen, und des Endes die Wechselbriefe sey zugestellet worden.

§. 11.

Hieraus wird ein jeder, wo nicht völlig schliessen, doch wenigstens stark vermuthen, daß zwischen den von denen Revidenten geleisteten Diensten, und der von denen Revisis versprochenen Belohnung keine Gleichheit seye; immassen eines theils die Revidenten um die Entlassung der Gefangenen zu beförderen mehr nicht, dann vier, oder höchstens fünf Tage zu verwenden gehabt haben. Und andern theils ware die Gefangene weder überführt, noch überzeugt, daß sie die Falschheit des Geldes gewust, und mit Willen falsches Geld ausgegeben habe. Mithin ware auch die Beförderung der Ent-

laſ-

lassung nicht beschwerlich, noch dazu so erstaunliche Kosten erforderlich. Oder wollen die Revidenten vielleichte sagen, man hätte nicht wissen können, was annoch herausgekommen seyn würde, wann die Untersuchung weiters wäre fortgesetzet worden; man hätte also ein weiteres Schicksal vermeiden, deswegen die Entlassung möglichster massen beschleunigen helfen, und dazu alles nur immer erdenkliche verwenden müssen. Ja es ist dieses zwar nicht ganz ohngegründet, und noch anbey zu vermuthen, daß ein getreuer Ehemann lieber grosses Geld anwenden, als seine Ehegattin einen einzigen Tag im Kerker werde sitzen lassen. Alleine sehe ich die Grösse des Geldes an; so kommet mir selbige allemal übermäßig vor. Nein? Wer wird sich wohl vorstellen, daß bey obangeführten Umständen die Befreyung der Gefangenen sonderbare Mühe, und Arbeit solle gekostet haben? Wer wird glauben, daß darzu grosse Kosten haben müssen verwendet werden? Wer wird denken, und sich beygehen lassen, daß dem Johann B. die Erlösung seiner Ehefrau 2700 Gulden, und 100 Dukaten solle zu stehen kommen?

§. 12.

Immittels ist es doch nicht anders. Die Wechselen seynd da. Sie seynd von dem Johann B., dessen Frau, und Bruder unterzeichnet, sie seynd zu verschiedenen mahlen erneuert, und bestättiget, darauf seynd gar abschlägliche Zahlungen verfüget. Ja was noch mehr, so hat der Johann B. am

fünf-

fünften Oct. 1762. dem Vogte S. noch zugeschrieben, daß, wann der Freyherr v. K. die Gelder bey ihme und seinem Bruder noch ein Jahr gegen gebührliche Zinsen stehen lassen würde, alsdann er, und sein Bruder dem Freyherrn von K. so wohl, als auch dem Vogte S. richtig bezahlen wolten. Auf welche Art, und Weise wollen demnach die Revisi der Zahlung entgehen? Was wollen sie einwenden, oder vorschützen? Wollen sie die Furcht der längern Gefangenschaft, und anderer übelen Folgen zu Hülfe nehmen, so stehet ihnen entgegen: Plenissimam non obstante metu justo firmitatem retinent metu gesta quoties quis ea ex intervallo, liberaque voluntate sine ulla coactione rata habuit, quod vel tacite fieri potest, vel expresse: tacite rebus ipsis & factis, dum id, ad quod ab initio ex metu obstrictus fuerat postea extra metum positus sponte solvit, atque ita libero corroboravit consensu. *l. cum te* 2. *l. si per vim.* 4. *C. h. t.* adde *cap. perlatum* 1. *extra de his, quæ vi, metusve causa fiant.* Idemque est, si vel sponte postea fidejussores, aut pignora dederit in securitatem obligationis metu extortæ, vel liber ab omni timore dilationem petierit ad solvendum id, quod metu promiserat.

VOET *ad π. Lib. IV. Tit.* 2. *num.* 16.

Wollen sie auf ihren Baurenstand, und die demselben zugelassene Rechtsohnwissenheit sich abberufen, so widersetzet

LEYSER *ad π Vol.* 8. *Specim.* 289. *med.* 4.

Nor

Nos hoc casu rusticitati veniam non dedimus quod ignorantia vinci facillime potuisset, si modo rusticus paulum curæ adhibuisset, nec omnia in negotio satis gravi per se facere, expedire inconsulto magistratu, aliave persona peritiore ausus fuisset. Wollen sie conditionem indebiti ergreifen, so heisset es: Admittimus in conditione indebiti errorem facti proprii, admittimus etiam aliam aliquando ignorantiam juris, tunc scilicet, quum ea ex conditione personarum, vel ratio circumstantiarum quodammodo excusari potest. At quando supina plane est ignorantia, & crassus error, quem quis, si modo aliquam curam adhibuisset, vincere facile potuisset, audiendus non est.

LEYSER *ad π. Vol. III. Spec.* 148. *med.* 3.

Wollen sie sich über eine allzugrosse Verletzung beklagen, so raume ich ihnen gutwillig ein: Permutantibus quoque & similibus, qui duplo plus dederunt, quam acceperunt, aut dimidio minus acceperunt, quam dederunt, hanc querelam competere.

LAUTERBACH *in Colleg. Lib. XVIII. Tit.* 5. §. 24.

Indessen sehe ich nicht, wie die Führung des erforderlichen Beweises möglich seye. Gewis ist zwar, daß die Revisi für, oder wegen der Befreyung der Ehefrauen dem Freyherrn von K. 2700 Gulden, und dem Vogten S. 100 Ducaten verspro-

sprochen haben. Alleine was ist die Befreyung der gefangenen Ehefrauen an und für sich selbst werth? Wie hoch ist die von dem Freyherrn von K. dazu geleistete Beyhülfe anzuschlagen? Wie viel ist die von dem Vogte S. verrichtete Mühe, und Arbeit zu schätzen? Wie hoch betragen sich die Atzungs-Kosten, und übrige Auslagen? Haben die Revisi dazu einen Schlüssel, und gewisse Rechnungs-Regel, oder nicht? Haben sie solche nicht; wie wollen sie dann darthun, daß sie über die Halbschied verletzt seynd? Haben sie aber einen solchen Schlüssel, warum haben sie bey Ausstellung derer Wechselbriefe, bey den wiederhohlten Erneuerungen, oder Verlängerungen, und bey dem am fünften Oct. 1762. geschriebenen Briefe davon keinen Gebrauch gemachet? Warum haben sie selbigen nicht befolget, und warum haben sie mehr versprochen, als sie schuldig zu seyn wusten? Muß also dahier nicht eintreffen: Eum, qui sciens verum rei pretium minoris, vel majoris vendidit, vel emit, de læsione queri non posse, cum injuria, sive iniquitas nulla sit contra scientem.

LAUTERBACH. cit. Tit. 5. §. 19.

Oder wollen die Revisi vielleichte vorwenden, daß sie den wahren Werth nachgehends allererst erfahren haben; so haben sie niemanden, dann sich selbsten beyzumessen, daß sie nicht nur die Wechselbriefe ausgestellet sondern auch öfters erneuert, um Ausstand gebetten, abschlägliche Zahlun-

lungen verfüget, und diesem allem nach sich erst befraget, und erkündet haben, ob das versproche- ne rechtlich, oder übermässig seye.

§. 13.

Doch wozu dieses alles? Die Revisi bedienen sich keiner einzigen vorangeführten Einreden, son- dern verlangen nur die Nachweisung, wohin die von ihnen bereits zahlten Gelder verwendet wor- den, und wohin die ruckstehenden annoch sollen verwendet werden. Alleine zu welchem Ende solle solche Nachweisung geschehen? sollen die Reviden- ten dasjenige wiedergeben, was dieselben entwe- der nicht nachweisen können, oder ohnnötig, und übel verwendet haben? Und sollen die Revisi von der fernern Schuld befreyet seyn, wann bey der Nachweisung sich äusseren wird, daß die Re- videnten mit dem zahlten Gelde alle zu Befreyung der Gefangenen erforderlichen Kosten bestritten haben? Besagen dieses die Schuldscheine, oder Wechselbriefe? Bezeugen es die öfteren Erneu- erungen, uud Verlängerungen? Und bestättiget es die am fünften Oct. 1762 gebettene Zahlungsfrist? Gewislich darinn ist von nichts weniger, dann von einer Nachweisung erwehnet. Gesetzt dahero, daß die Revidenten zu Befreyuug der Gefange- nen entweder ein geringes, oder gar nichts ver- wendet hätten, würden darum die Schuldscheine zerfallen, und derer Revisorum Verbindlichkeit aufhören? Wer wird dieses wohl behaupten? Die Revisi haben ja die Schuldscheine unter dem Be-

dinge nicht ausgegeben, daß die Gelder sollen nachgewiesen werden. Wenigstens haben dieselben davon nichts angereget, will geschweigen, den allermindesten Beweis geführet. Zudeme da nicht nur gänzlich zu vermuthen, daß die Wechselbriefe, oder Schuldscheine allererst nach der Befreyung der Gefangenen ausgestellet, sondern auch gewis, und ohnwidersprechlich, daß die Erneuerungen, und Verlängerungen einige Zeit darnach erfolget seyen; so haben die Revisi wahrlich Zeit, und Gelegenheit genug gehabt, die Nachweisung, fals sie sich dazu berechtiget geglaubet, anzuverlangen. Derer Schuldigkeit, und Obliegenheit ware auch die Nachweisung vor den wiederhohlten Bestättigungen der Schuld zu begehren; immassen darnach das Begehren eben so wenig statt finden mag; als wenig nach Lehre

SCHOEPFFER *in Synop. jur. priv. Lib. XII. Tit. 1. num.* 95.

und vieler anderen, die Einrede des nicht zahlten Geldes demjenigen vergünstiget, welcher nach ausgegebenem Schuldscheine die Bekenntnüß der Schuld wiederhohlet hat. Diesem kommet annoch hinzu, daß der Revisus Johann B. am fünften Oct. 1762. da er laut seines eigenen Briefes in den höchsten Geldnöthen ware, um einen jährigen Ausstand nicht so flehentlich gebetten, noch das Geld zu verzinsen gelobet haben würde, wann er an der Richtigkeit der Schuld einigermassen gezweifelt, oder geglaubet hätte, daß er eine Nachweisung der verwendeten, und noch zu verwenden-

den

den Gelder forderen könnte. Bey solchen Umständen ist nicht ferner anzuführen nöthig, was der

Freyherr von CRAMER in seinen Nebenstunden Theil *XVII.* Stuck *IV.* §. 8.

von einem ähnlichen Falle erwehnet: „Man zog aber
" den Versprechungs-Brief dagegen in Erwegung
" und fand von dem pacto de quota litis, wovon
" appellans in actis so viel Wesen gemacht, nicht
" die geringste Spur, sondern nur dieses, daß
" dem Johann Caspar Schneider, dem die Sache
" vollständig kündig gewesen, und der darinnen
" schon etliche Jahr gearbeitet, fals er das auf
" die Güter gewelzte Fideicommiß durch sorgfäl-
" tige begründete Gegen-remonstrationes in be-
" vorstehender Sentenz entheben würde, 400
" Reichsthaler, oder der freyadeliche Hof für seine
" Bemühung, und Discretion versprochen worden.
" Wobey dafür gehalten wurde, quod si victor
" in causa advocato sollicitatori suo ultra legi-
" timum salarium ex singulari, & extraordi-
" naria gratitudine & liberalitate ein Geschenck,
" sua sponte sine ulla stipulatione promittit, eo
" fine, ut cliens gratum suum animum erga pa-
" tronum suum, qui tam diligenter, fideliter
" & feliciter officio suo functus est, hoc mu-
" nere declaret, atque contestetur, talis dona-
" tio valida sit & ejusdem validitati nulla ju-
" ris dispositio obstet, ceu donationi remune-
" ratoriæ, sive pro discretione."

§. 14.

§. 14.

Sondern ich fasse den endlichen Schluß ab, daß Revisio wohl gebetten, die Strafgelder wiederzugeben, und die bey hiesigem Hofrathe eröfnete Urthel dahin zu reformiren, daß die Revisi Johann, und Johann Adolph V. zu Zahlung der beeden eingeklagten Wechselbriefe von 2700 Gulden und 100 Ducaten, jedoch nach Abzug dessen, so darauf bereits zahlt worden, schuldig zu erkenen die aufgegangenen Kosten aber gegeneinander aufzuheben, und vergleichen seyen.

IV.

Von Erhebung des Zehendens.

§. 1.

Der Abt zu G., welcher zu S. den Pfarrherr setzt, ist daselbst Zehendherr, und die Pfarr, oder Kirchspiel in vier Ortschaften eingetheilet, wovon die Stadt D. den ersten, die sogenennte Oberhonnschaft den zweiten, die Netterhonnschaft den dritten, und die Bistarder Honnschaft den vierten Theil ausmachet.

§. 2.

Von den zwey letzten Honnschaften ist gewis, und ausser Zweifel, daß die Netterhonnschaft den Zehenden von der Abtey G., und die Bistarder Honnschaft von dem Pfarrherrn zu D. entweder pfachten, oder aber den Zehenden in Natur entrichten, das ist, erleiden müssen, daß der Zehende auf ihre Aecker erhoben, und gesammelet werde.

§. 3.

Mit der Stadt D., und Oberhonnschaft hingegen solle es die Bewandnüß haben, daß jährlichs am Sonntag vor Margaretha Tag sechs eingesessene aus der Stadt, und Oberhonnschaft auf der Abtey G. erscheinen, und wohin die Zehend Früchten, nemlich 46 Malder Roggen, 17 Malder Weitzen, 9 Malder Gersten, und 61 Malder Haber für dieses Jahr gelieferet werden sollen, anfragen, sodann ein jeder zwey Kopfstücke, und nebst deme alle sechs zusammen 44 leichte Albus bezahlen müssen, darauf der Kellner, oder ein anderer von dem Abten angeordnete die Gelder annehme, derer erscheinenden Namen dem Rentbuche eintragen, und endlich Namens des Abtes zur Antwort gebe: Für dieses Jahr nach N. und nimmermehr.

§. 4.

§. 4.

Als deme gemäs im Jahre 1762 sechs Eingesessene zu gewöhnlicher Zeit abermals erscheineten, die 12 Kopfstücke, sodann 44 leichte Albus anbieteten, und anfragten, wohin die Zehendfrüchten geliefert werden solten; so hat der Kellner die Gelder zwar angenommen, und die Namen dem Renthbuche eingetragen, übrigens aber geantwortet, daß das Closter N., welchem der Zehende der Stadt D., und der Oberhonnschaft von der Abtey S. seit vielen Jahren her vergünstiget wäre, den Zehenden selbst erheben, und einsammlen werde.

§. 5.

Solchemnach hat das Closter am 15. und. 16. Julius die zehnte Garbe gewöhnlicher massen auf den zehendbaren Aeckeren zeichnen lassen, die Eingesessenen der Stadt D. und Oberhonnschaft immittels die gezeichneten Garben mit denen übrigen hinweggefahren, und denenjenigen, welche von dem Closter zu Aufladung des Zehendes hingeschicket waren, leere Felder hinterlassen.

§. 6.

Hierüber ist dann von dem Closter Klage geführet, und gegenwärtiger Rechtsstreit angehoben worden, welcher zum hauptsächlichen Vorwurfe hat, ob das Closter mit den gewöhnlichen Früchten

sich begnügen müsse, oder auch selbsten den Zehenden erheben, oder einsammlen könne.

§. 7.

Das letzte will von dem Closter dadurch behauptet werden, daß die Beklagten das Closter wegen des Zehendes im Beytrag der Französischen Rationen mit angeschlagen, mithin für den Zehendherr um so mehr anerkennet hätten, als von Sackzehenden, und Erbpfachten keine Rationen wären gefordert worden. Alleine wann gleich nicht just der zehnte Theil, sondern wie nach Zeugnüsse des

Freyherrn von CRAMER in Wetzlarischen Nebenstunden Theil *XIII.* Stuck *IV.* §. 2.

öfters zu geschehen pflegt, an statt desselben eine gewisse Maaß von Früchten gegeben wird, so bleibet jedannoch derjenige, welcher solche Früchten bekommt, allemal der Zehendherr; immassen das Zehendrecht dadurch nicht aufhöret, daß anstatt des zehnten Theils ein geringerer gegeben werde. Mithin konnten auch die Beklagten vermuthen, und glauben, daß klagendes Closter, ohnerachtet selbigem nur ein Sackzehende, oder eine gewisse Früchtenmaaß gebührete, in Beytragung der Französischen Rationen aus der Ursache mit anzuschlagen seye, weilen überhaupts und ohne Unterschied festgestellet, und verordnet ware, daß freye, und ohnfreye, mithin auch Zehendbesitzere zu denen

Krie-

Krieg es Lieferungen beytragen sollen. Gesetzt auch daß die Beklagten das klagende Closter übel angeschlagen hätten, so wäre daraus jedoch keine Anerkenung herzuleiten, daß dem Closter der völlige Zehende, oder zehnte Theil gebühre; anerwogen der Anschlag in Beytragung derer Krieges-Lasten, mit der Art, nnd Weise, den Zehenden zu entrichten, oder zu erheben nicht die mindeste Gemeinschaft hat. Ueber dies seynd (wie mir ganz wohl bekennt) im Amte G. Beyspiele obhanden, daß die Erbpfachten in Betrachtung derer Krieges-Lieferungen anschlagen, und von einem jeden Malder Erbpfachts eine Ration seye gefordert worden. Ich will nicht sagen, daß dieses eben recht gewesen, sondern nur dadurch anweisen, daß des Closters Angeben irrig, und Wahrheitswidrig seye.

§. 8.

Zum andern berufet das klagende Closter sich auf eine von denen Beklagten beygelegte Urkund vom 22. May 1553 ab, welche folgender massen anfängt: " Wir Peter von B. Abt, und gemein " Convent zu E. thuen kund öffentlich bekennen" de, nachdeme unsere Vorsessen milder Gedächt" nüß ein Zeit lang von Jahren aus unseren Ze" henden zu D. etzliche Früchten aus guter Gunst, " und sonderlichen Befallen der würdigen, und " andächtigen Frau Meisterschen, und Convent " zum N. zukommen lassen, nun aber unsere Ge" legenheit sich zuträgt, solchen unseren Zehenden

 "fur

" für uns wieder einzuforderen, und uns der
" würklichen Niesung zu geniessen, wie wir dann
" auch derohalben den Zehend Bürgen Befehl ge-
" dain, die Früchten uns zu lieferen, doch jetzi-
" ger Zeit gemeind dieselbe zu D, und sonst
" den nothürftigen zu lassen; so ferne nun ge-
" melte Frau Meistersche, und Convent zum N.
" vielleicht unterstain mögte, die Zehend Bürgen
" darumb zu besprechen, und zu beschweren, wie
" wir noch nicht hoffen, und sie auch des keine
" billige oder erhebliche Ursache haben können;
" so geloben und versprechen wir hiemit, und in
" Kraft dies Briefen, daß wir auf den Fall ge-
" meldte Zehend Bürgen, es seye mit Recht, oder
" sonsten vertreten wollen, und sie die genannte
" Zehend Bürgen bey ihrer alten Gewohnheit,
" und Gebrauch bliven laßen. „ Hieraus will das Closter erweisen, daß der damalige Abt Pater von B. die dem Closter N. aus dem abteylichen Zehenden etliche Jahren aus Gunst verliehene Frucht, selbst wieder einzufordern, und die Zehendfrucht, oder Pfacht zu erheben, oder den Zehenden einzusammlen sich entschlossen habe. Ich dahingegen solle daraus ganz andere Schlüsse machen.

§. 9.

Damals ware nemlich nicht die Frage von der Art den Zehnden zu erheben, oder zu entrichten, sondern von jenem Theile des Zehendes, welche die Abtey G. dem Closter N. seit einigen Jahren

ren her aus Gunst überlassen hatte, und damals wiederum einziehen wollte. Wann dahero erstens der Abt vermeldet, daß er künftighin selbst den Zehnden geniessen wolle, so will dieses ein mehreres nicht sagen, noch andeuten, als daß künftighin die Abtey, und nicht das Closter N. die Zehendfrucht empfangen, und erheben solle, wie solches dadurch zu aller Völle bestättiget wird, daß der Abt besage, denen Zehendbürgen befohlen zu haben, daß dieselben die Zehendfrüchten der Abtey lieferen sollen. Wann zweytens die Zehenbürgen die Früchten, welche vorhin das Closter N. empfangen, künftighin der Abtey liefern sollen; so giebt dieses ein klares Kenntzeichen ab, daß damals schon eine gewisse Früchtenmaaß entrichtet worden seye, zumalen ansonst der Abt überhaupts nicht hätte befehlen können, daß die Früchten, welche vorhin das Closter N. aus Vergünstigung erhalten, künftighin der Abtey solten geliefert werden. Wann drittens der Abt hinzufüget, daß er jetziger Zeit gemeynet, oder gesinnet seye, die Früchten zu D. oder sonst denen Nothürftigen zu lassen, so mag dieses nichts anders andeuten, als das die Zehendfrüchten der Abtey nicht geliefert, sondern zu D. verkaufet, und sonst denen Nothürftigen gegen billiges Geld überlassen werden sollen; zumalen es wider den natürlichen Sinn, und Verstand derer Worte anlaufen würde, wenn man mit dem klagenden Closter selbige dahin auslegen wollte, daß von der Abtey der Zehende künftighin nicht eingesammlet, sondern für eine gewisse Früchtenmaaß aus verpfachtet wer-

werden solle. Wann letzlich der Abt verspricht, und gelobet, die sogenennten Zehendbürgen bey ihrer alten Gewohnheit, und Gebrauche belassen zu wollen; so muß damals wegen des Zehendes eine gewisse Gewohnheit, und Gebrauch obhanden gewesen seyn; zumalen ansonst die Verheissung ganz vergeblich und fruchtlos gewesen wäre. Demnach veroffenbaret sich also klar, daß die zu Hülfe gerufene Urkund mehr gegen, als für das Kloster rede.

§. 10.

Demselben kann auch ferner zum Vortheile nicht gereichen, daß die Netter honnschaft den Zehenden von der Abtey, und die Bistarder Honnschaft den Zehenden von dem Pfarrherr zu D. pfachten oder ihre Aecker müssen Zehenden lassen. Obgleich vorbenennte beede Honnschaften mit denen Beklagten eine Pfarr, oder Kirchspiel ausmachen, so folget deshalben jedoch nicht, daß die Beklagten ebenfalls von dem Closter den Zehenden anpfachten, oder ihre Aecker müssen Zehenden lassen. Widrigen falls würde man auch schliessen können, daß, gleichwie die Beklagten, welche mit der Netter, und Bistarder Honnschaft ein Kirchspiel ausmachen, dem klagenden Closter bis dahin eine gewisse Früchtenmaaß gegeben haben; also die Netter, und Bistarder Honnschaft ebenfals dem klagenden Closter eine gewisse Früchtenmaaß zu lieferen verbunden seye; anerwogen der Schluß, wann er auf einer Seite bündig ist, alsdann auf

der

der andern Seite auch bändig seyn mus. Nun wird aber das Closter selbst sich wohl nicht beygehen lassen, daß der gemachte Gegenschluß seine Richtigkeit habe. Mithin wird auch dasselbe leichte finden, und warnehmen, daß von einem Zehendpflichtigen auf den andern nicht möge geschlossen werden. Ein Zehendflichtiger kann ja mit dem Zehendherrn ein solches, der andere ein anderes Bündnüß geschlossen, der dritte seine Zehendschuldigkeit durch die Verjährung bis auf die Halbschied verringeret, und der vierte ebenfals durch die Verjährung ein Recht erworben haben, statt des Zehendes eine gewisse Früchtenmaaß zu geben. Dahero keines weegs gefolgert werden mag, das ein Zehendpflichtiger, wie der andere zahlen müsse. Diesem kommet annoch hinzu, daß in untergebenem Falle die Zehendpflichtigen in drey Theile getheilet, und die Netterhonnschaft der Abtey, und die Bistarder Honnschaft dem Pfarrherrn, so dann die Stadt, und Oberhonnschaft dem klagenden Closter zugewiesen seye. Es kann also die Netterhonnschaft den Zehenden pfachten, und die Bistarder Honnschaft nicht pfachten, desgleichen die Netter Honnschaft höher, und die Bistarder geringer anpfachten, darum auch die Stadt und Oberhonnschaft ein Gerechtsam haben, welches der Netter und Bistarder Honnschaft nicht zukommt.

§. 11.

§. 11.

Wann übrigens das klagende Closter behaupten will, daß die Beklagten ebenfals von der Abtey den Zehenden von 12 zu 12 Jahren angepfachtet, und nebst dem jährlichen Gelde jedesmal den drockenen Weinkauf bezahlet haben; so muß selbiges sein Angeben um so mehr erweisen, als es eines theils die Stelle des Klägers vertritt, welchem bekennten Rechten nach der Beweis oblieget. Und andern theils im mindesten nicht bescheiniget hat, daß (wie der

Freyherr von CRAMER in Wetzlarischen Nebenstunden Theil *V*. Stück *X*. §. 2.

erfordert) denen Beklagten für eine gewisse Pfacht auf einige Jahren der Zehende anfangs seye eingethan, und verheuret worden. Da über dies aus der obangeführten Urkunde zu entnehmen, daß die Beklagten schon vor dem Jahre 1557 eine gewisse Früchtenmaaß gegeben haben; so muß selbiges sie von dem Beweise befreyen, daß sie entweder vorhin mit dem Zehendherren ein Bündnüß geschlossen, oder der Forderung den Zehenden einzusammlen, oder die zehnte Garbe zu nehmen widersprochen haben; zumalen dahier nicht über das Gerechtsam selbst, sondern nur über den Besitz gestritten wird.

§. 12.

§. 12.

Wannenhero zu sprechen, würde klagendes Closter rechtsgnügig erweisen, daß denen Beklagten für eine gewisse Pfacht auf einige Jahren der Zehende jemals verheuret worden, so solle alsdann näher ergehen, was Rechtens.

V.

Von Zeugen-Verhöre zu ewiger Gedächtnüsse.

§. 1.

Der Johann H. hat am 10. Jenner 1763 seinem Vetter Peter H. ein elterliches Gut zum B. genennt für 9000 Rthlr. verkauft, so dann am neunten des folgenden Monats Febr. ein Testament errichtet, und darinn vorbemelten seinen Vetter Peter H. zum allgemeinen Erbe eingesetzet.

§. 2.

Nach Absterben vorbesagten Johann H. ist zwischen dem Peter H., so dann dem Vormunde des

des schwachsinnigen Godfried H. über den Kauf so wohl, als das Testament eine Rechtsirrung entstanden, und am 18 May 1765 bey hiesigem Hof-Rathe gesprochen worden, daß klagender Peter H. bey der Mobilar Nachlassenschaft des Johann H. noch zur Zeit zu handhaben, auch beklagter Curator, und die in actis benennten beeden Söhne zu Ausschwörung des juramenti manifestationis anzuhalten, nicht weniger Kläger mittels fernerweit anerbottener Production des Kaufbriefes de 10. Januarii 1763 & testamenti de nona Februarii dicti anni die dabey unterschriebenen Zeugen über ihre Handunterschriften coram Conmissione jurato vernehmen zu lassen, fort curator desuper ad exhibitionem interrogatoriorum clausorum ohne derer Commnuicirung zuzulassen seye.

§. 3.

Nach abgehörten Zeugen, und eröfnetem Zeugen-Verhöre hat beklagter Vormund nicht allein gebetten, den ersten, zweyten, und dritten Zeug wegen ihrer ad interrog. 6. & 7. abgegebenen dunkelen Antworten nochmals über die desfals beyfügenden Instanzen zu vernehmen, sondern auch sechs neue Zeugen vorgeschlagen, und derer eidliche Abhörung nachgesuchet.

§. 4.

Die von dem Kläger dawider geschehenen Einwendungen seynd für ohnerheblich gehalten, und

und also am 11. Junius laufenden Jahrs fernere Commissio ertheilet worden, die von dem Curatorn vorgeschlagenen Zeugen über den Innhalt des interrogatorii 6. & 7. und über die des Endes näher angefügten Instanzen, & respective interrogatoria zu repetiren, | und die von gemeltem Curatore vorgeschlagenen neuen Zeugen super articulis Act. N. 24. sub. N. 6. exhibitis exceptionibus & interrogatoriis salvis zu vernehmen.

§. 5.

Dieweilen der Kläger von diesem am 17. Junius insinuirten Commissorio am 26 des nemlichen Monats coram Notario, & testibus zu dem zukünftigen Ober-Appellations-Gerichte appelliret, und am 13. Sept. plenarios processus dahier erhalten; so hat der Beklagte gebetten, die Zeugen zur ewigen Gedächtnüsse abzuhören.

§. 6.

Von dem Appellanten wird dawider eingewendet, daß von Entscheidung der Hauptsache abhinge, ob die vorherigen Zeugen nochmals zu vernehmen, und die neuen Zeugen zuzulassen seyen. Dieses ist zwar wahr, dahingegen auch bekennt, daß ein Zeugenverhör zur ewigen Gedächtnüsse statt habe, si propter ætatem valetudinem, aut futuram absentiam testium, ut si sint milites, & sub-

ſit ſuſpicio, quod abituri ſint militatum aut propter graſſantem peſtem, aut bellicos tumultus, aut denique quod non ſit in manu actoris nunc agere, aut ex qua alia cauſa periculoſum ſit examen differre.

TENNAGEL *de decern. Proc. Claſſ. II. Cap.* 31. *num.* 3.

Wann nun eines theils der Appellant von dem Zeugen-Verhöre appelliret, und bereits plenarios appellationis proceſſus erhalten hat: andern theils auch einer Ohngewisheit unterlieget, ob das zukünftige Ober-Appellations-Gericht über kurz, oder lang werde eingeführet werden; ſo ſtehet gewis in des Appellaten Macht nicht, ſeinen vermeyntlichen Beweis zu führen. Mithin trift dahier ein, was belobter

TENNAGEL *cit Cap.* 31. *num.* 5.

ſchreibt: Quod autem ad Reum attinet non attenditur, an teſtes tales ſint, aut taliter affecti, ut præſens ſit periculum, ſed ſemper commiſſio decernitur, hoc ſolo conſiderato, quod in ejus poteſtate non ſit poſitum, quando conveniatur. Nam per hanc incertitudinem magni intereſt, ut defenſiones ei in tuto collocentur; Zumalen die Entſcheidung der Hauptſache noch lange zurückbleiben, und dadurch der Beweis um ſo eher abgehen kann, als die Zeugen bereits im 50. 56. und 57 Jahre ihres, mithin nach Zeugnüſſe des

TEN-

TENNAGEL *cit. Cap.* 31. *num.* 3.

eines gefährlichen Alters, und darum von Amts-wegen zu besorgen, ut salva sit rerum probatio

HILTROP *in Proc. jud. Part. III. Tit. IX. Cap.* 6. *num.* 11.

§. 7.

Zudeme kann die würkliche Abhörung derer Zeugen dem Appellanten nicht den mindesten Schaden zufügen; immassen der rotulus immerhin verschlossen bleibt, fals in der Hauptsache geurtheilet werden solte, daß die Zeugen ohnerheblich seyen. Sollten dahingegen die Zeugen für erheblich erkennt, und gehalten werden; so wäre alsdann der rotulus nur zu eröfnen, und dadurch der Proceß schon abgekürzet. Mithin ist die Abhörung derer Zeugen eine solche Verfügung, wodurch beederseitiges Gerechtsam aufrecht gehalten wird.

§. 8.

Dieweilen übrigens bey dem Hof-Rathe bereits geurtheilet worden, daß die Zeugen abzuhören seyen; so streitet eines theils wenigstens eine Vermuthung für die Erheblichkeit derer Articulen. Und andern theils gehen die Articulen dahin, daß nicht allein der Kaufbrief, und das Testament an einem, und dem nemlichen Tage errichtet, sondern

dern auch das verkaufte Gut von dem Verkäufer bis zu dessen Absterben als ein Eigenthum besessen, und benutzet, mithin der Kauf, und Verkauf mir ein blosses Blendwerk seye.

§. 9.

Wannenhero fernere Commissio sumptibus impetrantium zu ertheilen, die vorhin vernommenen Zeugen Johann, und Engelbert L. über den Innhalt des interrogatoriis 6. & 7. wie auch über die näher angefügten Instanzen in perpetuam rei memoriam salva causa principali zu repitiren, desgleichen die ferner vorgeschlagenen Zeugen Caspar S., Peter E., Franz E., und Peter Johann E., Godfried H. und Wittib L. super articulis Act. N. 24. sub N. 6. exhibitis, exceptionibus, atque interrogatoris salvis eidlich zu vernehmen, und den rotulum ad acta verschlossen aufzubehalten.

VI.

Von Wetter-Vortache.

§. 2.

Des Jacobs S. alte Schenne, welche auf dem in dem Abrisse mit N. 13. bezeichneten Orte ge-

gestanden, ist zu einer Seite mit Windbracken, oder (wie es

LAUTERBACH *in Colleg. Lib. XXXIX. Tit.* 2. §. 3.

nennt) mit einem Wetter-Vortache versehen gewesen, welches nach eigener des Lutherischen Consistorii Geständnüsse die mit N. 7. 8. 9. und 10. bemerkte Mauer nach der Breite erreichet, und darüber sich gezogen hat.

§. 2.

Vor einiger Zeit hat der Jacob S. seine alte Scheune abgerissen, und eine neue Scheune oder Gebäude aufgeführet, welches von der obbemelten Mauer weiter, dann die vorige Scheune entfernet ist.

§. 3.

Als dennoch das Lutherische Consistorium an dem mit N. 8. bezeichneten Orte auf die Mauer eine Wand setzen, und dadurch ihren Holtzstall schliessen wollen; so hat der Jacob S. sich dawider aufgelehnet, und das Consistorium gleich darauf bey dem Unterrichter Klage angehoben.

§. 4.

§. 4.

Nach eingenommenem Augenscheine, und abgehörten Werksverständigen ist am 29. Nov. 1763. gesprochen worden: " Da beeder seits Par=" theyen auf den Augenschein, und Aussage de=" rer Werksverständigen submittirt, hieraus aber " hervorgehet, daß die ganze Mauer von oben " bis unten der Evangelisch=Lutherischen Kirche " zuhörig, und also selbige darauf so hoch, als " sie wolle, zu bauen befugt, sort einem jeden " sein Grund frey bleiben müsse; so stehe dannen=" hero dem klagenden Consistorio frey, die an=" gefangene neue Wand vollends zu verfertigen, " dahingegen seye auch dem Jacob S. erlaubt, " gleichfals auf seinem Grunde, so weit er des " Consistorii Gebäude, oder Grund nicht be=" rührt, noch demselben schädlich ist, nach Will=" kühr zu bauen.

§. 5.

Diesem Spruche ist am fünften December ein fernerer Bescheid des Innhalts nachgefolget. " Da von Seite Jacob S. selbst angegeben, daß " diejenige Wand, welche von Seite des Con=" sistorii zugemacht wird, so weit fertig ist, " so dann selbige vor geraumer Zeit also gestan=" den, auch sonst derselbe auf den Augenschein, " und Aussage derer Werksverständigen submitti=" ret; so bleibt es bey der vorigen, auch auf sei=" ne

" ne des Jakob S. eingerichte Exhibita ertheil=
" ten Decretis, und wird demselben alle Thät=
" lichkeit bey Vermeidung arbitrarer Strafe nach,
" drucklich untersaget.

§. 6.

In dessen gefolg hat das Consistorium die Mauer zwar vollenden lassen, dahingegen aber der Jacob S. von dem am 29. Nov. ertheilten, und am zweyten Dec. insinuirten Rechtsspruche am 10. Dec. zu hiesigem Hof=Rathe appellirt, zugleich über die unternommene Neuerung sich höchstens beschweret, und daher samt denen Processen nicht nur verschiedene mandata attentatorum revocatoria ausgewürkt, sondern auch am 21. April laufendem Jahrs eine obsiegende Urthel dahin erhalten, daß Appellant Jacob S. wegen des Wettervortachs über die streitige Mauer in possessorio salvo petitorio zu handhaben, mithin Appellaten das zu Erhöhung dieser Mauer thätlich aufgerichtete Gehöltz, als weit solches dem Besitze, und Gebrauche des Wettervortachs, oder der hervorragenden in Actis so benennten Windbraken nachtheilig, nicht allein hinwegzuraumen, sondern auch den bisher erweislich zugefügten Schaden zu ersetzen schuldig, anbey in eine Halbschied der allenthalben aufgegangenen Kosten fällig zu ertheilen seye.

§. 7.

§. 7.

Wider jetzangeführte, und am 26. April insinnirte Urthel ist von Seiten des Consistorii am fünften May Revision nachgesuchet, und am 30. des nemlichen Monats die Strafgelder erlegt, mithin die Nothfristen richtig beobachtet worden.

§. 8.

Demnach führen die Revidenten zum Hauptbeschwer an, daß in possessorio gesprochen worden, ohnerachtet kein possessorium dahier statt finden könne. Dieses ist auch um so mehr gegründet, als in gegenwärtigem Falle ein Possessorium nicht einmal ertraumet werden mag; anerwogen eines theils nicht der Revisus, sondern die Revidenten den Kläger abgegeben, mithin dem Reviso nicht freygestanden, ob possessorialiter oder petitorialiter sollte gehandelet werden. Da auch andern theils der Revisus seine alte Scheune abgebrochen, ein neues Gebäude aufgeführet, selbiges von der strittigen Mauer ferner, und weiter, als die alte Scheune gestanden, oder (wie von denen Revidenten angegeben, und von dem Reviso nicht widersprochen worden) anderthalben Schuhe breit abgesetzet, und mit keinem Wettervortache versehen hat; so kann er auf den Besitz sich um so weniger abberufen, je bekennter aus denen Rechten ist: Si sublatum sit ædificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie, & qua-

qualitate restituatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur.

L. 20. §. 2. *π D. S. P. U.*

Nam si temporarius sit rei interitus, servitus in actu secundo quidem, & exercito finitur in actu primo manet: ideoque prædio restituto servitus renovatur.

HUBER *in Prælect. ad π. Lib. VIII. Tit.* 6. *num.* 9.

Quod tamen dissimile est in iis servitutibus, quæ in superficie consistunt, quas utique necesse est interire, sublata superficie.

FABER *in Ration. ad L.* 13. *π. D. S. P. R.*

Ueber dies bestehet des Revisi ganze Einwendung darinn, daß die Mauer, worauf die Wand aufgeführet worden, ihme zur Halbschied zugehören solle, wie dieses der Revisus nicht nur in seiner informatorial Erinnerung mit folgenden erkläret " in causam principalem zur Behauptung, " daß die Mauer, worauf Gegnere die Wand hin- " stellen wollen, nicht ihnen allein zustehe, sondern " gemeinschaftlich seye, bin demnach noch zur Zeit " mich einzulassen, bevorne solche attentata abge- " stellet, so wenig gesinnt, als de jure gehalten", sondern auch in seiner schließlichen Rechtsnothdurft mit denen Worten wiederhohlet hat. " Quoad

" Num. 8. ist der Holtzschopf, welcher ehemals
" keine Wand hatte, und woran man nunmehro
" wider alles Protestiren eine Wand gemacht, und
" solche auf die mir zur Halbschied wenigstens,
" nemlich so weit die Windbracken meiner alten
" Scheune hierüber gereget und selbige Lutherischer
" Seits vor ihrer Scheune nicht bebauet ist, zu-
" gehörende Mauer gesetzt worden." Dahero ganz augenscheinlich, daß dahier nicht über den Besitz, sondern über den Eigenthum der Mauer gestritten werde.

§. 9.

Hieraus ergiebt sich auch von selbsten, daß der Revisus ganz irrig daran seye, wann er vor der Entscheidung der Hauptsache die Abstellung der Neuerung, oder die Niederreissung der Wand begehret; immassen der Nebenpunkt mit der Hauptsache so verknüpfet, daß eines ohne das andere nicht entschieden werden könne; wie solches daraus zur Genüge abzunehmen, daß der Revisus nicht das allermindeste Recht zu widersprechen habe, fals die strittige Mauer nicht beeden Theilen zur Halbschied sondern denen Revidenten ganz zugehöret. Dahero der Revisus vorläufig sein Gerechtsam anweisen mus, bevorne er die Abreissung jener Wand nachzusuchen befugt, welche in so weit den Vorwurf des Rechtsstreits abgiebt. Zudeme haben die Revidenten schon vor der Rechtsirrung zu bauen angefangen, mithin für sich quod nemo teneatur, vel debeat jus suum dimittere prop-

ter

ter adverſarii contradictionem, vel interpoſitam appellationem; cum nemini injuriam faciat, qui jure ſuo utitur.

GAIL *Lib. I. Obſ.* 145. *num.* 3.

Ohnehin belehret auch

GREVEN *Pract. Conclus. Lib. I. Concl.* 146. *num.* 8.

Attentatorum judicium non ſuſpendere cauſæ principalis determinationem, ſed junctim tractandum eſſe. Demnach wird alſo ohnbedenklich ſeyn, die Hauptſache anzugehen, und deren Beſchaffenheit zu unterſuchen.

§. 10.

Ich wünſchte nur, daß beede Theile ſich darin näher geäuſſeret, und vornehmlich angemerket hätten, ob das Wettervortach der alten Scheune über die ſtrittige Mauer übergehangen, oder aber auf der Mauer gelegen, und geruhet habe. Alsdann könnte man eigentlich beſtimmen, ob es ein wahres Wettervortach, zu Latein ſuggrunda, quæ dicimus tabulas circum ædificia a ſummo extenſas, quæ ædes tuentur ab injuria imbrium, atque etiam, ſi lavignæ fuerint, a periculo incendiorum Palladio, & Vitruvio auctoribus, quorum unus in hac re commemoranda ſuggrunda dicit, alter tabulas ſuffixas in fronte, atque extremitate tectorum, quæ collatio,

tio, suggrunda quid sint, plane declarat, sic dicta forte, quod suggrundiantur foras grunda ut Italis hodie, quod ædes extragrediantur.

CUJACIUS *in Paratit. in L. XXX. ff. Tit. 2.*

oder aber eine andere Sache gewesen seye. Etenim inter projectum, & immissum hoc interesse ait Labeo, quod projectum esset id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret: qualia mæniana, & suggrunda essent. Immissum autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret: veluti tigna, trabes, quæ immitterentur.

L. 242. §. 1. π. de V. S.

Inzwischen kommt es darauf so ganz genau nicht an, sondern ist genug, daß gleichwie der Revisus denen Revidenten eine Halbschied der Mauer zuerkennt, und nachgiebt; also demselben die Gemeinschaft der Mauer, und zwar (wie er es haben will) communionem pro diviso zu erweisen obliege, quippe cum reus excipiendo fiat actor.

§. 11.

Des Endes führet derselbe Hauptsächlich aus dem

MULLER *ad Struv. Exercit. XIII. Thes. XXX. Lit. O. num. 16.*

an:

an: Parietem præsumi proprium ejus, qui junctam muro habet suggrundiam per duo v. gr. brachia ultra murum prominentem. Entweder irre ich sehr, oder von der angezogenen Stelle wird nur ein Misbrauch gemachet. Dahier ist nemlich von jener Mauer, oder Seite der alten Scheune, woran das Wettervortach gehefftet gewesen, und wovon es gekommen, die Frage nicht, sondern von der Mauer, über deren Halbschied das Vortach mit seinem Ende hervorgeraget, oder sich erstrecket hat. Dahero vielmehr zu schliessen, daß das Wettervortach dem Reviso, dahingegen die Mauer, worüber das Wettertach mit seinem Ende sich erstrecket, denen Revidenten eigen seye. Etenim suggrunda, quamvis prominens supra vicini aream, domini tamen mansit, quia projecit ex suo ædificio in aerem alienum, quem projectione occupasse, atque adeo suum fecisse videri poterat.

BYNKERSHOEK *Observ. Lib. IV. Cap.* 16.

Widrigen fals wäre ja nicht vonnöthen gewesen, vier Mauren, oder Wände aufzuführen und eine Wand, oder Mauer der stritiigen so nahe zu setzen, daß das Wettervortach darüber spiele, sondern es hätte der Revisus, oder dessen Vorfahren statt der vierten Mauer die strittige zu der Scheune nehmen, und dadurch die Scheune vergrösseren, wie auch Kosten erspahren können. Si enim pro diviso sit communis paries, quia quilibet habet mediam muri partem, usque ad medietatem crassitiei, ita ut proprie non sit commu-

munio, quilibet in sua dimidia parte poterit ædificare, atque tigna immittere *L.* 25. §. 1. *d. S. P. U.* non enim videtur amplius ædificare in alieno, sed in suo, neque partem vicini contingit, qua ratione nemo arceri potest, etiam in infinitum usque ædes extollere.

MULLER *cit. loc.*

§. 12.

Wann demnach das Wettervortach nicht anders, dann eine Dienstbarkeit, worunter solche Vortächer nach Zeugnüsse

CUJACII *in Comment. ad L.* 1. *ff. de S. P. U.*

gerechnet werden, zu betrachten, und anzusehen; so kann das Wettervortach zur Probe der Gemeinschaft um so weniger dienen, als die von dem Reviso vorgeschlagenen Werksverständigen in so weit zwar Recht haben, daß ein Wettervortach über des Nachbars Grund nicht geführet oder gebauet werden dörfe; darinnen aber gröblich fehlen, daß der Grund, worüber das Wettervortach sich erstrecket, zu dem Gebäude, woran das Vortach geheftet, gehöre; zumalen eines theils die Rechten uns belehren, daß jemand das Gerechtsam, oder Dienstbarkeit eines Wettervortachs haben könne. Und andern theils aus dem irrigen Grundsatze derer Werksverständigen folget, daß gleichwie niemand einen Balken in des Nachbars Mauer ein-

einlegen, oder eine Fenster machen darf, also die Mauer, worin ein Balken gelegt, oder eine Fenster gemacht, demjenigen zugehöre, welcher den Balken eingelegt, oder die Fenster gemacht hat. Woraus dann mit beeden Händen zu greifen, daß die wider die kundbaren Rechten zeugen wollenden Werksverständigen nicht den allermindesten Glauben verdienen. Zugeschweigen annoch, daß der eine Werksverständige Wilhelm H. das gerichtliche Protocoll einer Falschheit beschuldigen, und vorgeben wolle, sein Gutachten dem Protocoll anders einverleibt zu seyn, als er selbiges abgegeben.

§. 13.

Eben wenig ist zum Beweise der Gemeinschaft hinreichend, daß der Pfal des in dem Abrisse mit Num. 5. bezeichneten, und dem Revisco zugehörigen Thors linker seits an der strittigen Mauer bey dem Num. 4. bezeichneten Anfange vormals mit einer eisernen Haltfeste so befestiget gewesen, daß um selbigen hinwegzunehmen, und einen neuen, woran das dermalige Thor annoch hangt, zu setzen, die Haltfeste zerbrochen werden müssen, mithin ein Stuck davon an dem alten Pfal, und das andere in der Mauer seye sitzen geblieben. Daraus solte man vielmehr das gerade Gegentheil folgeren. Hätte nemlich der Revisus sein vorgebendes Gerechtsam, und Eigenthum der halben Mauer bey Errichtung des Thors anzeigen wollen; so würde er den Pfal nicht auf seinem Grunde setzen, und eine Haltfeste in der

strittige

strittige Mauer schlagen, sondern Kloben in die strittige Mauer legen, und daran das Thor haben henken lassen; immassen auf solche Art noch Kosten ersparet, und eine ohnwidersprechliche Handlung des Eigenthums hätte ausgeübet werden können. Deme seye inzwischen, wie ihme immer wolle. Genug, daß eine Haltfeste als eine Zeichen einer gemeinschaftlichen Mauer nirgentwo beschrieben, und angegeben werde. Darzu mag dieselbe auch um so weniger dienen, als öfters jemand nicht einmal merket, und beobachtet, daß eine Haltfeste in seine Mauer von einem dritten eingeschlagen werde. Anbey wird ein Nachbar dem andern die Einschlagung, oder Anlegung einer Haltfeste selten versagen, oder strittig machen; zumalen dieses durchgehends ohnschädlich, und ohnnachtheilig ist. Ueber dies ist eine Haltfeste einem grossen Nagel ähnlich, und also viel zu chwach, den Eigenthum, oder die Gemeinschaft zu erweisen.

§. 14.

Ferner will der Revisus noch zwar durch drey Handwerksleute erweisen, daß er bey Errichtung seines neuen Gebäudes die zwischen seinem, und der Lutherischen Kirchen Erbe gelegene Mauer auf seine Kosten erhöhet, alle Materialien dazu angeschaffet, und den Arbeitslohn bezahlet habe. Alleine dawider wird von denen Revidenten eingewendet, daß wann der Meister Wilhelm auf der Brücke, welcher die Mauer erhöhet, vernommen werden solte, alsdann derselbe aussagen würde,

daß

daß nicht der Revisus, sondern der Kirchen Provisor Wilhelm B. ihme die Erhöhung der Mauer aufgetragen, und den erforderlichen Kalk, Sand, Steine angewiesen habe. Zu dessen Bestättigung ist auch schon würklich ein Zeugnuß beygelegt, laut wessen obermeldter Kirchen-Provisor beurkundet, daß der Revisus vor einiger Zeit ihn, die Mauer unter dem Holtzstall aufführen zu lassen ersucht, und er darauf solches bewerkstelliget habe. Bey diesen Umständen wäre es ordentlicher weise wohl an deme, daß sämmtliche von beeden Theilen vorgeschlagenen Zeugen eydlich vernommen würden. In untergebenem Falle halte ich aber solches für ohnnöthig, und überflüßig, theils weilen die Revidenten aus des verstorbenen Kirchen Provisors Caspar B. Nachrichten angewiesen, daß der Godfried von der Brücke im Jahre 1733 auf dem Lutherischen Kirchhofe an des Revisi Seite eine Mauer aufgeführet, und dafür in allem 15 Thaler bekommen habe. Theils weilen sogar die von dem Reviso allenfalls geschehene Erhöhung der Mauer zum Beweise um so weniger hinreichet, je bekennter jemand auf eines dritten Grund, und Boden bauen kann, ohne desfals das allermindeste Gerechtsam zu erwerben.

§. 15.

Von mehrerer Erheblichkeit scheinet zu seyn, wann der Revisus letzlich vorschützt, den in der mit Num. 12 bezeichneten Grentzstein, und die davon zuziehende gerade Linie augenscheinlich an-

zuweisen, daß die Mauer, worauf von denen Revidenten die Wand aufgeführet worden, vollkommen auf seinem Grunde stehe. Nun wird auch zwar der mit Num. 12 bezeichnete Stein von denen Revidenten selbsten für ein Mark oder Gränzstein angegeben, dadurch gleichwohl des Revisi Angeben noch lange nicht gerechtfertiget. Im Gegentheile kann nach dem von dem Reviso sonderlich in diesem Stücke angenommenen, und anerkennten Abrisse kein anderer Schluß abgefasset werden, dann daß gleichwie der Gränzstein gerade mitten in der Hecke stehet; also die Hecke beeden Theilen zur Halbschied, nemlich denen Revidenten zu einer, und zu der andern Halbschied dem Reviso zugehörig, mithin die strittige Mauer denen Revidenten um so mehr eigen seye, als dieselbe gerad bis auf die Halbschied der Hecke sich erstrecket, auch die Linie, wann selbige nach und auf dem Abrisse gezogen wird, ausweiset, daß die ganze Mauer auf derer Revidenten Grunde stehe, und nicht im mindesten überspringe. Aus dieser Ursache konnten auch die zu Einnehmung des Augenscheins zugezogenen beeden Werksverständigen nicht anders urtheilen, dann daß die Mauer denen Revidenten zugehörig, und die Revidenten um ihr Gebäude nicht offen stehen zu lassen, die Wand auf ihrem Grunde aufzuführen genöthiget seyen. Mehr dann frevelhaft, und verwegen ist derohalben, wann der Revisus vorzuspiegelen sich erkühnet, daß derer Werksverständigen Gutachten dem Protocoll anders eingetragen, als selbiges abgegeben worden; zumalen eines theils der Abriß selbst

selbst bezeuget, daß das Gutachten der Sache Liegenheit gemäs seye. Andern theils hat auch das gerichtliche Protocoll alle Vermuthung für sich, und der Revisus nicht den mindesten Verdacht der Ohnrichtigkeit bescheiniget.

§. 16.

Wannenhero, zu sprechen daß Reviso wohl gebetten, die Strafgelder wiederzugeben, und die bey hiesigem Hofrathe am 21 April laufenden Jahrs eröfnete Urthel dahin zu reformiren, daß die Erhöhung der strittigen Mauer denen Revidenten dermalen zu gestatten, so dann der Revisus in eine Halbschied der allenthalben aufgegangenen Kosten nach rechtlicher Ermässigung fällig zu ertheilen, die andere Halbschied aber gegeneinander aufzuheben, und zu vergleichen seye.

VII.

Von Ruckschiebung des Eides.

§. 1.

Dahier kommt es lediglich darauf an, ob beklagter Arnold T. jenen Eid zuruckschieben könne, welche die Kläger selbigem darüber aufgetragen, ob

ob nemlich die würklich vorhandenen Hämmer, ohne den so genennten W., oder einen andern Wupperhammer bey kleinem Wasser das Schwerdschmid-Handwerk mit Reckung derer Klingen für wochentliche drey Gebühr bereifen können.

§. 2.

Ordentlicher weise heisset es zwar, quod jus jurandum regulariter referre possint omnes, quibus illud in judicio ab adversario legitime est delatum.

LAUTERBACH *Disput.* 95. *thes.* 10.

Dieses leidet aber auch seinen Abfall, si quis adversæ parti super proprio ipsius facto juramentum deferat.

LAUTERBACH *cit. Disput. thes,* 72.

Daher wollen die Kläger behaupten, daß sie den aufgetragenen Eid zurückzunehmen nicht schuldig; massen ihnen ohnbekennt, wie viele Klingen der Beklagte recken könne.

§. 3.

Alleine dieselben haben vorhin schon verrathen, daß sie von der Sache eben so gute Wissenschaft haben, als auch der Beklagte. Eines theils ist nemlich von denenselben erklärt worden, daß sie den Beklagten zu einem Meineidigen machen wol-

wolten, fals derselbe das Angeben verabreden würde. Andern theils haben die Kläger angegeben, daß die wochentliche Gebühr nicht zu 2760, sondern zu 7920. Stücken Klingen, mithin jährlichs zu 306800 Stucke sich ertrage. Ueber dies spricht es von selbsten, daß denen Klägeren als Vogte, und Rathsleuten nicht ohnbekennt seyn, wie viele Klingen wochentlich gerecket werden müssen, und wie viele gerecket werden können. Ja da die Klingen auf verschiedenen Hämmeren gerecket werden; so können sogar die Kläger von der Sache genauere Nachricht haben, als der Beklagte. Dahero auch dahier eintrift, was

STRYK *in U. M. Lib. XII. Tit.* 2. §. 24.

schreibt: Non eo præcise respiciendum puto, an factum jurantis proprium ejusdem non tantum conscientiæ, sed & notitiæ committatur, quo casu referendi potestatem negat Carpzov. *d. Art.* 4. *n.* 42. sed an alter ejus æqualem notitiam habeat, quod ad relationem sufficit; nec enim per certam deferendi formulam alteri potestas referendi addimenda, nisi denuo formularem jurisprudentiam in Germaniam reducere velimus

§. 4.

Es hindert auch nicht, daß der Eid von denen Klägeren eigentlich nicht benamset worden seye; immassen genug, daß der Eid ein sogenennter gerichtlicher Eid, und darum der Ruckschiebung un-

untergeben seye. Etenim non omnia juramenta referri possunt, sed illa tantum, quæ in judicio (late hoc vocabulo accepto, ut etiam comprehendat ea, quæ alias in jure fieri dicantur) a parte parti deferuntur.

LAUTERBACH *cit. Disput. thes.* 45.

Wannenhero Kläger zu Ausschwörung des ihnen deferirten Eides anzuweisen, und des Endes Commissio zu ertheilen wäre.

VIII.

Von Consolidirung derer Lehn-splissen.

§. 1.

Vermög Lehn-Protocolls hat im Jahre 1669. Mattheiß H. eine Halbschied des uralten Klüppel-Lehns T., und der Henrich H. die andere Halbschied besessen.

§. 2.

Nach Absterben ermelten Henrich H. ist die Halbschied des Lehns unter dessen hinterlassenen zwey

zwey Töchter getheilet, mithin einer jeden Tochter ein vierter Theil des ganzen Lehnguts angewiesen worden.

§. 3.

Die eine Tochter nemlich Maria H. hat sich mit Peter H. verheyrathet, und einen Sohn Namens Areth, so dann eine Tochter Namens Maria hinterlassen. Einem jeden dieser beeden Kinder gebührete zwar eine Halbschied des vierten Theils, oder 1/8 des ganzen Lehnguts, der Sohn Areth hat aber seine Schwester abgegütet, mithin 2/8 von dem ganzen Lehne gehabt, und selbige seiner einzigen Tochter Mechtildis zur Erbschaft hinterlassen.

§. 4.

Die andere Tochter Anna F., hat sich mit Martin H. verheyrathet, und zwey Söhne gebohren, wovon der eine Namens Balthasar H. mit des Areth H. einziger Tochter Mechtildis zur Ehe geschritten, und dadurch zu 3/8 des ganzen Lehnsgut gelanget ist.

§. 5.

Als vorersagter Balthasar H. am 13. Febr. 1763. seinem Bruder Johann die 3/8 Lehns für 675 Rthlr. verkaufet, und per modum consolidationis überlassen; so hat der Schulteiß F., welcher wegen seiner Ehefrau die von dem Mattheis

theis H. herrührende Halbschied des Lehnguts besitzet, die Consolidations- oder Ergänzungs-Klage angehoben, und gebetten, ihn zu der Ergänzung der von dem Balthasar H. verkauften 3/8 so wohl, als auch desjenigen 1/8, welches der Johann H. von seinen Elteren geerbet, mithin zu der Ergränzung der andern Halbschied zuzulassen.

§. 6.

Die daraus erwachsene Rechtsirrung wurde am 25. August 1864 dahin entschieden, „ daß „ Kläger in qualitateovasalli zur Consolidation " der in Frage gekommenen Lehnsplisseu nach " Vorschrift Edicti vom 12. August 1621. erga " solutionem pretii ab impartialibus taxandi " vorzüglich anzunehmen, und die aufgegange-" nen Kosten zu vergleichen seyen.

§. 7.

Wider diese am siebenten Sept. insinuirte Urthel hat der Beklagte am 16. selbigen Monats Revision gesuchet, solche auch am 22. erhalten, und demnach am 16. Oct. die Strafgelder erlegt, mithin die Nothfristen ganz richtig beobachtet.

§. 8.

In Betref der Hauptsache kommt es vornemlich darauf an, ob der dermalige Revisus blos

al-

allein als Lehenträger zu consolidiren berechtiget seye. Die von

VOETS *de ordin. Feud. Observ. XIII. num.* 4.

angeführte Verordnung vom 12. August 1621 enthaltet, zwar „ daß ihr unsern Beamten obge-
" meltes zum öftermahlen in den Kirchen, und
" sonsten proclamiren zu lassen, euch einem je-
" den, so dessen zu thun, und bey auch darum
" gebührlich ersuchen mögte, sonderlich da einige
" Einlösung obgesetzter Abspließe zu thuen, die
" hüfliche Hand bieten, und fürters verschaffen
" sollet, damit solche Splies, im Fall sich die
" Partheien disfals in der Güte nicht vergleichen
" könnten, durch der Sachen verständige Gerichts-
" personen auf einen sichern Tax, und Werth ge-
" setzet, und gegen Erlegung dessen, den Prin-
" cipal-Lehenträgeren eingeraumt.„ Alleine wer ist der Principal-Lehnträger zu nennen? Nach den gemeinen Lehnrechten waltet es ausser allem Zweifel, daß wann das Lehn getheilet wird, alsdann ein jeder derer Theilenden die Belehnung nachsuchen müsse. Si feudum (schreibt

HORN *in Jurispr. Feud. Cap. XVII.* §. 12.)

dividant, nullum dubium, quin quilibet pro parte sua renovationem investituræ petere, & fidelitatem præstare debeat. II. F. 77. namque tot jam sunt feuda, quot partes in divisione factæ.

Dahero auch ein jeglicher derer Theilenden ganz füglich Lehnträger genennet werden kann, und muß.

§. 9.

Sollte auch einer von denen Lehnleuten das Lehn empfangen, so wird dieser zwar der Träger oder Lehnträger genennt. Aliquando ex pluribus vasallis consensu domini unus constituitur qui vices omnium sustinet, vocarique solet Lehnträger hic nomine omnium revocationem petit, & servitia exhibet, atque non nisi eo mortuo investitura iterum est renovanda

HORN *cit.* §. 12.

nichts desto weniger aber bleiben die übrigen eben so wohl Lehnleute, und Lehnträgern, als dieser. Sed cæteros successores per hunc unum ita liberari, ut illi nexu vasallitico domino invito sint soluti, & tamen partem in feudo re ipsa habeant, nec juri, nec rationi consentaneum est. Sunt enim vasalli, quia aliquid in feudum tenent, sive diviso, sive indiviso; igitur &c. & quidem juramento obstricti, jurarunt enim per suum consortem, & si jurati non essent, tamen ad fidelitatis contenta obstringerentur.

ROSENDHAL *de Feud. Cap. VI. Conclu.* 36. *num.* 5.

Folglich ist derjenige, welcher die Belehnung empfangt, allein nicht der Lehnträger, vielweniger

der

der Principal-Lehnträger, sondern ein Anwald, oder Curator.

VULTEJUS *de Feud. Lib. I. Cap.* 7. *num.* 93.

oder Portator

ITTER *de Feud. Imp. Cap. IX.* §. 18.

oder Provasallus

HORN *in jurisp. Feud. Cap. XIII.* §. 13.

oder eigentlich (wie

TITIUS in deutschem Lehn-Rechte Hauptstück 25. §. 12.

es ausdruckt:) derjenige, welcher für alle das Lehn empfängt.

§. 10.

Solchemnach hat man noch einen andern zu suchen, welchem der Name des Principal-Lehnträgers zukommet. Selbiger ist leichte zu finden, wann man nur auf nachfolgende Stelle der obberührten Verordnung vom 12. August 1621 das Augenmerk wirft. " Nachdeme hiebevor durch ge" meine ausgelassene Edicta in diesen unseren Für" stenthum, und Landen publicirt worden, daß " alle diejenige, deren einhabende Lehn im Theil, " oder zumahlen beschwert, verpfändt, vertheilt, " oder verspliffen, daran seye, und sich befleissen

" sollen, daß dieselbe inner sicherer dazu bestimb-
" ter Zeit bey Verwirkung der Lehn von allem
" Last ganz, und zumalen wiederum befreyet,
" sondern auch die Ausspließ, und abgetheilte Stück
" gegen Erlag, und Bezahlung der billigmäßigen
" Werth, oder Einraumung anderer Erbschaft wie-
" derum redimirt, eingelöst, und mit dem Prin-
" cipal-Lehn wiederum consolidirt, ihr unseren
" Beamten auch dazu allen möglichen Behilf, und
" Vorschub erweisen sollen." In dessen Gefolg ist der Principal-Lehnträger unumgänglich derjenige, welcher das Principal-Lehn hat, oder besitzet. Das Principal-Lehn aber besitzet derjenige, welcher den Stock, oder die Sohlstatt hat. Solches zeiget erstlich die von Vertheilung, Verspliessung, ungebührlicher Verbringung, und Verwüstung derer Lehngüter, Sadelgüter, Schatz, und Dienstgüter handelende, und von

VOETS *de Ordin. Feud. Observ. XII. num.* 2.

angeführte Verordnung vom 14. Jenner 1541 mit folgenden genugsam an, " so auch jemand einigen Spliß hätt, oder ihme, oder seinem Für-
" sassen zugeerbtheilet wäre, oder sonst an sich
" geworben hätt, und den verkaufen, oder ver-
" lassen würd, daß alsdann derjenig, der die
" Sohlstatt hat, oder so er es nicht vermögt,
" ein ander, der auch ein Theil des Vorguts
" hätt, die Vernäherung soll dann (*) mögen."

Zum

(*) heisset: thun.

Zum andern erhellet es aus der von dem Gülich-schen Landständen im Jahre 1544 überreichten, und von

VOTES *de Ordin. Feud. Observ. XIII. num.* 2.

ebenfals angeführten Bittschrift, welche enthaltet: " Zum fünften begehren die Ritterschaft, " wo einige Lehngüter wären, da sie die Stock " von hätten, und sonst andern Spließ, und „ Theil daraus versetzt, verpfänd, oder verschrie-" ben wären, daß mein gnädiger Herr denselben " mit Gnaden gestatten, und vergünnen will, " solche Spliß, und Theil wiederum zu dem " Stock, und die Renthen zu quitten." Ferner wird es auch durch hiesige Landesordnung bestättiget, worinnen

Cap. 93. §. zwischen den andern Personen.

versehen, " so viel unsere Lehngüter, Sadelgü-" ter; Schatzgüter, und Dienstgüter, auch die " Sohlstatt, und Spliß belangt, soll unserer de-" rowegen ausgegangener Ordnung gemäß ge-" lebt, und nachkommen werden." Und endlich würde das Principal-Lehn nicht anzuweisen seyn, wann man den Stock, oder die Sohlstatt dafür nicht annehmen wollte. Ist also der Principal-Lehnträger derjenige, welcher den Stock, oder Sohlstatt hat, so kann dem Reviso nichts helfen, daß von 140, und mehreren Jahren der Lehnträger aus der Seite, wovon des Revisi Ehefrau

ab-

abstammet, jederzeit bestellet worden, sondern um das Ergänzungs-Gerechtsam zu gründen, muß der Revisus erweisen, daß er die Sohlstatt des gesplissenen Lehnguts habe.

§. 11.

Darzu reichet aber nicht hin, daß sicherer Henrich B. im Jahre 1596 den mehristen Theil des Lehnguts besessen, selbigen dem Johann H. im Jahre 1619 übertragen, und von dieser Zeit an bis auf die heutige Stunde die Erben des Johann H. eine Halbschied des Lehns inngehabt, wie auch das Lehn jederzeit empfangen haben. Erstens folget ganz und zumalen nicht, daß der Henrich B. darum die Sohlstatt gehabt haben müsse, weilen er den mehristen Theil besessen; anerwogen derjenige, welcher den geringsten Theil besitzet, ebenwohl die Sohlstatt haben kann. Zum andern vermeldet das Protocoll nicht, daß der Henrich B. dem Johann H. den mehristen Theil verkaufet habe, sondern in der Belehnung heisset es, daß der Johann H. mit dem Klüppellehngut B. sammt allen dessen Appertinentien, Ausplies, und Gerechtigkeit, auch anklebenden Last, und Unlast nach Art, und Natur bemelten Lehnguts seye belehnet worden. Da weiters vermög des Lehnprotocolls vom Jahre 1669 der Mattheiß H. und dessen Erben eine Halbschied besessen, so dann der Henrich H., und dessen Erben die andere Halbschied besessen; so sehe ich nicht was der Revisus, wessen Ehefrau von dem Mattheis H. herstammet,

vor

vor dem Revidenten, welcher ein Erb, und Nachfolger des Henrich B. ist, zum Voraus haben wolle, oder könne; zumalen aus der Empfahung des Lehns eine Vermuthung für die Sohlstatt um so weniger herzuleiten je bekennter sogar ein dritter, welcher an dem Lehne nicht den mindesten Theil hat, zum Lehnträger kann bestellet werden.

§. 12.

Wann der Revisus noch eine andere Vermuthung daher entlehnen will, daß des Revidentens Grosvatter Henrich B. sich allererst im Jahre 1669 in das Lehn eingekaufet oder 2/5 erworben haben solle; so verfehlet er sich sehr gröblich wider das von ihme selbsten beygelegte Lehn-Protocoll. Dasselbe besaget nemlich ganz klar, daß der Henrich B. als ein Ausßplies des Lehns von Reinard von R. und dessen Kindern 2/5 des Lehns consolidirt habe. Mithin folget auch unhintertreiblich, daß der Henrich B. schon vorhin einen Antheil am Lehn gehabt haben müsse; anerwogen derselbe ansonst die 2/5 Theile unmöglich hätte consolidiren können. Nun kann aber dieser Theil, welchen der Henrich B. von der Consolidation gehabt, eben so wohl die Sohlstatt seyn, als jene Halbschied, welche der Mattheiß H. im Jahre 1669 besessen. Ja in so weit ist das erste vielmehr, dann das andere zu vermuthen; immassen der Mattheiß H. dem Henrich B. die Consolidation nicht wohl verstattet haben würde, wann er selbst zum Consolidiren wäre berechtiget gewesen;

sen. Diesem seye indessen, wie ihme wolle. Genug, daß die von dem Reviso angeführte Vermuthung nicht bestehe.

§ 13.

Mehrern Anschein hat dahingegen, daß der Areth H., als er im Jahre 1739 bey des Revisi Schwägerälteren 300 Rthlr. lehnbar aufgenommen, dafür nicht allein seinen Antheil Lehns, welcher obangeführter massen im 2/8 bestunde, verpfändet, sondern auch denen Glaubigeren verstattet, in Miszahlungsfalle daran sich zu erhohlen, und selbigen als einen Absplis des von denen Glaubigeren, als Lehnträgeren besitzenden Lehns zur Hauptsohlstatt in Gefolg der vor, und nach ergangenen Consolidations-Edicten hinwiederum einzuziehen. Alleine eines theils ist der Schuldschein, oder die Verpfändungs-Urkund von dem Reviso allererst nach geschlossener Sache übergeben, und darum weder dem Revidenten communicirt, weder von diesem beantwortet, noch davon das Urbild aufgeleget worden. Sollte auch gleich andern theils ein wahres Urbild aufzuweisen seyn; so mögte jedoch die Bekenntnüß des Areth H. dem Revidenten, als welcher sein Lehngerechtsam nicht von bemeltem Areth, sondern von seinen Elteren, und Voreltere herleitet, keineswegs zum Nachtheile gereichen; zumalen der Areth H. keine Ursache seiner Wissenschaft, oder woher er wisse, daß jener Theil, welchen dermalen der Revisus besitzet, die Hauptsohlstatt seye, angegeben, auch in diesem Stucke

sich

sich leichtlich geirret, oder gar in der Geldnoth die Bekenntnüß abgeleget haben kann.

§. 14.

Ordentlicher Weise wäre es nunmehro zwar an deme, daß der Schluß abgefasset, und dem Reviso der bessere Beweis aufgegeben würde. Alldieweilen aber der Revident ebenfals die Sohlstatt besitzen, und darum des Revisi Halbschied consolidiren will, so ist annoch zu untersuchen übrig, ob, und in wie weit derselbe sein Angeben erwiesen habe.

§. 15.

Anforderist berufet er sich darauf, daß sein Antheil der Hof zu L., dahingegen die Halbschied, welche der Revisus besitzet, das Gut zu H. genennet würde. Der Revident hat wohl in so weit recht, daß daraus eine ziemliche Vermuthung entstehe; zumalen dessen Vorfahrer so gar den Namen von dem Lehne getragen haben. Alleine diese Vermuthung, so anscheinlich sie auch immer ist, zerfallet völlig dadurch, daß laut des unwidersprochenen Lehnprotocolls, derjenige, welcher den von dem Revidenten dermalen besessen werdenden Antheil im Jahre 1596 gehabt, sich Mattheiß E. oder T. genennet, dahingegen der H. welcher im Jahre 1619 seinen Antheil dem Johann H. dem Stammvatter derjenigen Seite, wovon des Re-

visi

visi Ehefrau herkommet, sich Henrich L. geschrie- ben haben. Hieraus ist also festiglich zu vermu- then, daß des Revidentens Vorfahren nachgehends allererst den Namen von dem Lehne entlehnet, und sich beigelegt haben. Sollten auch dieselben den nemlichen Namen schon vorhin geführet haben; so könnte es jedoch zur Sache um so weniger bei- tragen, je gewisser es ist, daß die älteren Besitze- re, wovon des Revidentens Voreltern den Antheil Lehns entweder geerbet, oder sonst erworben, sich von dem Lehne nicht geschrieben, sondern einen andern Nahm gehabt haben.

§. 16.

Eben wenig wird auch die Sohlstatt dadurch erwiesen, daß der Henrich T. im Jahre 1669. von dem Reinard von R. 2/5 Theile consolidiret habe. Allem Vermuthen nach seynd diese 2/5 Thei- le ein Abspliß von jenem Antheile, welchen vor- hin der Mattheis C. besessen hat. Dann wolte man die 2/5 Theile des ganzen Lehnguts neh- men; so hätte der Mattheis H. keine gerade Halb- schied des ganzen Lehns besitzen können; in meh- rerem Betracht, daß der Henrich L. um die 2/5 Theile consolidiren zu können, zum wenigsten 1/5 Theil habe haben müssen. Seynd also die 2/5 Theilen ein Abspliß von jenem Theile, den der Mattheis C. vormals gehabt; so kann der Mat- theis H. vermeynt, und geglaubt haben, daß der Henrich T. zur Consolidation dieser 2/5 Theile mehr denn er berechtiget gewesen seye. Zudeme

kann auch leichte seyn, daß der Mattheis H. der Zeit das erforderliche Geld nicht gehabt, oder von der Consolidation anfänglich nichts gewust, oder aus anderen Ursachen des ihme zukommenden Rechtes sich nicht habe bedienen wollen. Es folget derowegen gar nicht, daß gleichwie der Henrich T. 2/5 Theile consolidiret, also dessen Antheil die Sohlstatt seye; zumalen nicht einmal erhellet, worin solcher Antheil bestanden, und ob der Henrich T. vor der Consolidation die übrigen 3/5 Theile besessen habe, oder nicht.

§. 17.

Letzlich hat der Revident zwar angerühmet, erweisen zu können, daß seine Vorfahren von des Revisi Vorfahren einen gekauften Abspliß Busches consolidirt hätten. Indessen aber ist es bei dem Anrühmen ledig verblieben, und nicht der allermindeste Beweis erfolget.

§. 18.

Wannenhero zu sprechen, daß Revisio wohl gebetten, die Strafgelder wieder zu [geben, und die bei hiesigem Geheim=Rathe am 25. August 1764 eröfnete Urthel dahin zu reformiren, daß beeden Theilen ein besserer Beweis, welcher von beeden die Sohlstatt des Lehnguts T. besitze, aufzulegen, und bis dahin die Kosten auszustellen seyen.

IX.

Von Feldweegen.

§. 1.

Als Peter S. einen Ueberbau Bogenweise machen wollen; so ist von Peter A., und Wittiben E. darüber Beschwer aus der Ursache geführt worden, weilen der Bau den Treib- und Fahrweg verengen, und hindern sollte.

§. 2.

Der Beklagte hat darauf zwar nachgegeben, daß die Kläger durch den strittigen Weeg den Dung fahren, oder tragen lassen könnten. Damit haben die Kläger sich aber nicht begnüget, sondern anverlanget, daß ihnen gestattet würde, ihre Früchten, Heu, und Strohe durch den strittigen Weeg ebenfals fahren zu lassen.

§. 3.

Hierüber seynd beede Theile in eine Rechtsirrung gerathen, und am 20. August 1763 die Urthel dahin ausgefallen. Würden Klägere näher, dann geschehen, erweisen, daß der strittige Weeg ein allgemeiner Fuhr- und Fahrweeg, auch sie nebst dem Dunge auch Heu, Strohe, Früchten, und dessen mehr darüber zu fahren besonders be-

rech-

rechtiget seyen, alsdann näher ergehen solle, was Rechtens.

§. 4.

Wie die Kläger hievon zum Hofrathe appelliret, inzwischen aber mitklagende Wittib E. mit dem Beklagten sich verglichen, und daher der Peter R. den Proceß allein fortgesetzt; so ist bei hiesigem Hofrathe am 24. Nov. 1764. gesprochen worden, daß von Richter voriger Instanz übel geurtheilet, wohl davon appelliret, und der vorige Bescheid dahin zu reformiren, daß Appellat den vorhabenden Bau in loco quæstionis dergestalt, daß dem Appellanten die Durchfuhr eines mit Strohe, und Heu beladenen Gefährs unbenommen bleibe, anzurichten schuldig seye.

§. 5.

Von diesem am eilften Jenner 1765 insinuirten Rechtsspruche hat der Appellat am 18. selbigen Monats revidirt, und am 19. die Strafgelder erlegt, mithin die Nothfristen richtig beobachtet.

§. 6.

In Betreff der Hauptsache hat der Revident nicht ein- sondern mehrmalen erkläret, gestatten zu wollen, und zu müssen, daß der Revisus

über

über den strittigen Weeg die Düngung fahre, und all dasjenige ausübe, was zum Ausfahren gehörig, und ohne welches das Ausfahren nicht thunlich ist. Dardurch hat derselbe nach den Römischen Gesetzen dem Reviso nicht eine blosse servitutem actus, oder (wie es

LEYSER *in Jure Georg. Lib. III. Cap.* 30. *num.* 1.

zu Deutsch nennt) einen Fahrweeg, und Viehetrift, sondern die servitutem viæ, oder wie vorbelobter

LEYSER, *cit Lib. III. Cap.* 31. *num.* 4.

schreibt, einen Feldweeg, oder Holzweeg zugestanden, und eingeraumet; anerwogen nach den römischen Gesetzen die Gerechtigkeit eines Feldweegs demjenigen zukömmt, welcher mit einer Karrche, die von einem Pferde, oder Ochsen gezogen wird, fahren darf, wie dieses der gelehrte und grosse

van BYNKERSHOEK *Observ. Lib. IV. Cap.* 7.

mit folgenden beweiset: Quum lex ait *actum esse jus agendi vel jumentum, vel vehiculum*, utique eadem significatione eam vocem ad *vehiculum* refert, atque ad *jumentum*. *Agit* autem *jumenta* bubulcus, cum ante se propellit, ipse pone sequens, ut ex Virgilio, aliisque passim hic interpretes adnotarunt. Igitur si eadem notione id verbum referas ad *vehiculum*,

de

de eo vehiculo ſermo erit, quod poterit agi, propelli protrudi, *currum truſatilem* vulgo vocant. Æque commoda eſt vox *ducendi*, qua utuntur quoque JCti, cum in deſcribendo actu id genus vehiculi exprimunt *l. 7. pr. & l. 13. ff. de ſerv. præd. ruſtic.* nam *ducere vehiculum*, ex proprietate verbi, nihil eſt aliud, quam manu trahere, ſeu attrahere & adducere: quod rurſus *currum manualem*, ſive *traham* notat. Neque præter duas illas voces in definitione actus aliam reperio; neque vel ſimpliciter *vehendi* verbum, vel *jus vehendi*, vel aliud quid, quo ſignificaretur plena vectio & ea etiam, quæ fit bigis, quadrigisve: quod viæ proprium eſſe opinor. Ita enim ſentio: qui habet iter; poteſt ire, ambulare, eques, pedes, nihil intereſt. Idem poteſt, qui habet actum, ſed & præterea agere armenta, & uti vehiculis manualibus. Qui viam habet, præter hæc, poteſt curribus adhibere equos, boves, & ut libuerit, uti omnigena vectione.

Niſi itadiſtinguas, aut fallor, aut in definitione alia diſtinctio non eſt. Confirmant hæc veteres Grammatici, ubi, quid ſit iter, actus, & via, exponunt; loca non recitabo, quia ab interpretibus noſtris promiscue recitata ſunt, ſed, quod ſpondere auſim, in rem noſtram potius, quam ſuam. Unde addo, quod illi omiſerunt, nempe *vehiculum*, quo verbo potiſſimum Auctores noſtri utuntur in definitione actus, ſecundum Varronem noneſſe, niſi *minorem veham*, qualem & nos, qui actui conveniat, deſcripſimus. Sed quia fallunt ſæpe argumenta, quæ ab etymis du-

ducuntur, dabo aliam rationem, quam res ipsa suggerit. Viæ latitudo ex XII. Tabb. octo pedum est in porrectum, sedecim in anfractum *l.* 8. *ff. de. Serv. præd. rust.* atque hæc servatur, nisi aliud convenerit *l.* 13. §. 2. *eod. Tit.* Actus latitudo non quidem definita est jure civili, nam, si nihil dictum sit, arbitri partes erunt. *d. l.* 13. §. 2. attamen olim definitam fuisse dubitare non patitur Varro *de L. L. Libr. VI. Actus*, inquit, *finis minimus constitutus in latitudinem pedes quatuor.* Quocum convenit Paulus apud Festum in Verb. *Actus*, quem definit, *iter inter vicinos quatuor pedum latum, & Isidorus L. XVI. Orig. C. ult.* qui viam ait *capere duos actus.* Quatuor pedibus quidem successit boni viri arbitratus, sed is solet secundum ea, quæ fiunt ἐπὶ το πλεῖςον; quin olim, ubi latitudo legitima fuit IV. pedum, actus non minus fuit *jus agendi vehiculum*, quam post, ubi latitudo fuit arbitraria. Nunc scire velim, qui vehiculum ab equis, bobusve tractum potuerit agitari spatio quatuor pedum; nemo id dixerit. Quare superest, ut Auctores nostros intelligamus de eo vehiculo, quod ejusmodi spatio agitari potuit, de minori scilicet, ex manuali, quod propelli, adducique solet. Etiam alias in constituenda servitute de genere vehiculi fuisse actum, palam est ex *l.* 4. §. 1. *ff. de Servit. & l.* 11. *pr. ff. quemadm. servit. amitt.* ut ita distinctio vehiculi ei rei sæpe formam dederit, ac modum.

§. 7.

§. 7.

Darnach könnte man zwar den Schluß schon abfassen, daß gleichwie der Revident die Gerechtigkeit eines Feldweegs selbst eingestanden, also die Hof-Räthliche Urtel ganz rechtlich seye. Alldieweilen aber nicht nur

HEINECCIUS *in Elem. jur. germ. tom.* 1. *lib.* II. *tit.* 5. §. 130.

bewähret: Veteribus germanis non plane ignotas fuisse servitutes, facile est intelligendum, quamvis res ipsa doceat, germanos veteres nec omnes subtilitates, quas auctissima jureconsultorum Romanorum ratio excogitarat, nec omnes servitutes, quas luxus, vitæque elegantioris studium invexerit, in usu habuisse, sondern auch

LEYSER *ad π. Volum. II. spec.* 107. *Med.* 1.

bezeugt: Vanas istas, & superfluas subtilitates videmus hodie, nec in foro attendimus, quemadmodum jam ante nos complures alii observarunt; nicht minder

STRYK *in U. M. Lib. VIII. Tit.* 3. §. 6.

anmerkt: imo quoque moribus nostris nil obstabit, si quis pacto iter, & actum a via removere velit, cum pactis hodie omnibus vis agendi insit, unde nemo impugnaret in foro hanc concessionem, daß er freye Macht haben

soll über des Nachbarn Acker zu fahren, jedoch darüber kein Viehe zu treiben, noch sonsten eines Fußsteiges sich daselbst anzumassen; so mag aus des Revidenten blosser Erklärung eine vollkommene, und unumschränkte Gerechtigkeit des Feldweeges um so weniger gefolgeret werden, als so gar nach den Römischen Rechten die Gerechtigkeit eines Fuhr- oder Feldweeges eingeschränkt seyn kan. Is (heisset es

in L. 11. π. *Quemadm. serv. amit.*)

cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat usus; videamus, ne amiserit servitutem. Dahero der Revisus fernern Beweis beibringen mus, wann er eine vollkommene, und unumschränkte Gerechtigkeit des Feldweeges sich zueignen wilt.

§. 8.

Derselbe gibt erstens an, daß der strittige Weeg ein gemeiner Fahr- und Fuhrweeg, und der Grund, worüber der Weeg gehet, als ein gemeiner Grund von dem Steuren-Anschlage frey seye. Dieses streitet zwar mit der Weeg-Gerechtigkeit dergestalt, daß der Revisus, fals ihme eine Weeg-Gerechtigkeit zukommen solte, derselben sich sogar verlüstig gemacht hätte. Servitute namque usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit: ideoque si quis pro via publica

vel

vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit.

L. 25. π. quemadm. serv. amit.

Indessen will ich jetz angeführtes Gesetz jenen Römischen Spitzfindigkeiten zugesellen, wovon oben erwehnet worden, daß die Deutschen Gerichtshöfe darauf nicht zu sehen pflegen. Ich glaube dazu um so mehrern Fug zu haben, je ausdrucklicher der Revident in seiner letzten bei dem Hof-Rathe übergebenen Handlung erkläret, daß er dem Reviso durch den strittigen Weeg Dung fahren zu können gutlich eingeraumet, auch solches niemahlen verwähren würde. Ja was noch mehr, so hat der Revident so gar auf die von dem Reviso beigebrachten Beweisthümer geantwortet. Dahero folget von selbsten, daß die nähere Untersuchung anzugehen seye.

§. 9.

Zufolg der von dem Reviso übergebenen ersten Beilage solle im Jahre 1657 Henrich B. dem Johann B. ein Haus verkaufet, und dem Kaufbriefe unter anderen einverleibet haben, " Darneben ist auch verkauft die darzu gehörige " Scheune mit aller ihren Gerechtigkeit, nichts " davon annoch ausgeschieden sammt Platzen, und " Misten, wie auch einen freien Weeg langs Johann E. und B. Behausung, als zu fahren, " zu treiben, zu gehen, und zu stehen bis auf " die Straß zu N. Der Revisus gestehet selbst,

daß in der übergebenen Copei die Benennung des Hauses, welches verkaufet, und welchem die Weeg-Gerechtigkeit zukommen solle, ausgeblieben, oder ausgelassen seye. Da nun das Urbild des Kaufbriefes bis dahin nicht aufgeleget, so spricht es von selbsten, daß die Beilage noch zur Zeit zur Sache nicht das allermindeste beitragen könne; zumalen annoch ungewis, was für ein Haus der Heurich B. solle verkaufet haben. Gesetzt auch, daß in dem Kaufbriefe jenes Haus benennet würde, welches der Revisus dermalen besitzet; so wäre solches jedoch nicht genug, sondern noch annebst zu erweisen, daß der in dem Kaufbriefe angezeigte Weeg, welcher Johann E. und B. Hause vorbey, und bis auf die Straße zu R. gehen solle, eben derjenige seye, worüber dermalen gestritten wird; zumalen dieses aus dem Kaufbriefe allein sich auf keine Weise entnehmen läst.

§. 10.

Hieraus erreichet auch die zweite Beilage ihre völlige Erledigung. Da nemlich ausweis derselben der Johann B. das von dem Henrich B. gekaufte Haus, wie er dasselbe von Henrich B. mit seinen Appertinentien, Macht, und Gerechtigkeiten, Last, nnd Unlast sammt zugehöriger Scheune, Baukosten, Mist-Platz Fuhr- und Treibweege gekaufet, dem Engel W. im Jahre 1670 wiederum verkaufet haben solle, so ist leichte zu ermessen, daß dieser Kaufbrief, fals auch davon ein Urbild aufzuweisen, nicht eher würken könne,

bis

bis der erste obangeführter massen seine Rechtfertigung erhalten hat.

§. 11.

Die dritte Beilage endlich kan ich wenigstens nicht verstehen, noch begreifen. Sie ist ein im Jahre 1688 zwischen Matthias K., und Engel S. getroffen seyn sollender Vergleich, welcher unter anderen enthalter " daß Matthias K. auf die " Kante, oder Ortscheid, so gegen Engel S. " Haus kommt, wie imgleichen der Ferkenstall, " so an der Scheune gelegen, einziehen solle, " damit sich der Fuhrmann mit der Karrche wen- " den kan mit dem Hinterhause um des Fuhr- " weegs, so er, und andere Erben den Fuhr- " und Mist-Weeg zu gebrauchen haben, nicht zu " nahe bauen solle, damit die Miterben nicht zu " klagen haben. Wie imgleichen solle Matthias " K. den Fuhrweeg, so zwischen beeden Häuseren " bis auf die Straß zu N. nicht bestreuen, oder " Schüppen zu haben, sondern Engel S. jeder- " zeit für sich, und seine Erben solches zu thun, " damit keine Widerstrittigkeit ereignen möge ". Was ist daraus wohl zu entnehmen? Würde nicht derjenige vergebliche Mühe anwenden, welcher mit Auslegungen und Vermuthungen sich lange aufhalten, und herumschleppen wollte? Ich entübrige mich dessen also, und rege nur allein an: solle der Vergleich mit den vorherigen beeden Kaufbriefen übereinstimmen, so mus entweder der Matthias K. oder aber der Engel S. jenes Haus gekauft

gekauft haben, welches der Henrich B. im Jahre 1657. dem Johann B. und jetzgemelter Johann B. im Jahre 1670 dem Engel W. solle verkauft haben. Nun besaget aber der Vergleich selbst, daß der Matthias K. ein abgebrenntes Haus, und Scheunen-Platz von Wilhelm S. im Jahre 1688 gekaufet habe. Der Revisus hat auch nicht einmal angereget, daß der Wilhelm S. das Haus von dem Johann B. gekaufet habe. Im Gegentheile schützet der Revisus annoch vor, daß der Revident das von dem Matthias K. gekaufte Haus dermalen besitze. Mithin kan das Haus, welches der Revident besitzet, unmöglich das nemliche seye, welches vormals der Henrich B. dem Johann B, und der Johann B. dem Engel W. verkaufet; anerwogen ansonst nicht der Revisus, sondern der Revident die Weeg-Gerechtigkeit anforderen könnte; in mehrerem Betrachte, daß das Haus, welchem die Weeg-Gerechtigkeit anklebig, dem Revidenten zugehörete. Will der Revisus sagen, daß der Engel S. von dem Engel W. jenes Haus gekaufet, welches der Engel W. von dem Johann B., und der Johann B. von dem Henrich B. gekaufet haben solle; so kan es wiederum nicht bestehen. Nach denen Kaufbriefen solle die Weeg-Gerechtigkeit dem Hause gebühren, welches der Henrich B. dem Johann B., und der Johann B. dem Engel W. verkaufet. Vermög des Vergleichs solle der Engel S. so viel weichen, daß der Fuhrweeg zwischen beeden Häuseren nicht ver- oder beenget werde. Der Engel S. kan derohalben jenes Haus nicht gekauft haben,

ben, welchem er die Weeg-Gerechtigkeit gestatten solle. Diesem kommt annoch hinzu, daß nach eigenem des Revisi Angeben der Revident seines Grosvatters Engel S. Haus vorhin besessen, und des Matthias K. Haus noch würklich sim Besitze haben solle. Wann diesem also, so mus der Revident das Grosvätterliche Haus entweder dem Reviso, oder doch sonsten jemand verkaufet, oder auf eine andere Art veräusseret haben. Mithin kan, und mus der Revisus erweisen, ob das Haus von dem Revidenten mit, oder ohne die Weeg-Gerechtigkeit verkauft, oder veräusseret worden seye; zumalen der Revident verabredet, und der Revisus nicht einmahl bescheiniget, daß er, oder seine Vorfahren durch den strittigen Weeg Heu, Strohe, Früchten, und dergleichen Sachen jemals gefahren haben.

§. 12.

Wannenhero zu sprechen, daß Revisio wohl gebetten, die Strafgelder wieder zu geben, und die Hof-Räthliche Urtel dahin zu reformiren, daß Revisus besser, dann bis dahin geschehen, zu erweisen schuldig, daß der strittige Weeg entweder ein allgemeiner Fuhrweeg, oder doch er nebst dem Dunge Heu, Strohe, Früchten, und was dergleichen darüber zu fahren berechtiget seye.

X. Von

X.

Von Genehmung, und Bestättigung des von der Ehefrau errichteten Testaments.

§. 1.

Der Hof-Rath P. und Apollonia Magdalena S. haben am sechsten Dec. 1746 eine Heyrathsverschreibung errichtet, kraft welcher 1) dasjenige, was künftige Eheleute in diese Ehe zusammen bringen werden, von der Gemeinschaft derer Güter, oder communione bonorum, welche sonst unter Eheleuten in hiesigen Landen zu seyn pflegt, ganz, und zumal ausgeschlossen seyn, und bleiben,

2) Die Kinder, fals der Allerhöchste derer verleihen würde, die eingebrachten so wohl, als anerfallenden auch gewonnen Un- und Gereiden Güter erben, und keiner von beeden künftigen Eheleuten darab mehr, als einen dritten Theil in fernere Ehe zu bringen Macht, und Gewalt haben,

3) Im Falle, wo die Braut ohne Hinterlassung ehelicher Leibserben vorab versterben würde, deren Gereide Güter, und was darunter verstanden werden mag, eins mit dermaligen, und künftigen Anerwerbungen dem Hochzeiter erblich

lich anerfallen, und nur der Hochzeiterin revolutarische Güter den revolutarischen nächsten Erben, jedoch mit Vorbehalt der dem überbleibenden Ehegatte hiemit zugesagten Nutzniessung zufallen.

4) Inzwischen die Braut über das in hiesiger Stadt gelegene Haus, welches sie selbst erworben, zum Vortheile eines, oder mehrerer ihren Schwester Kinder, welche sich am besten aufführen, oder ihro am besten gefallen werden, besonders zu verordnen Macht, und Gewalt, die der Hochzeiter ihro auch hiemit wohlwissentlich gestattet, haben,

5) Jedoch alsdann gemelte Kinder nach geendigter, und hiedurch festgestellter Nutzniessung die von der Braut abgeführten Gelder mit 2000 Rthlr. zuruckbezahlen sollen, wesfals die Hochzeiterin dem Hochzeiter auch freistellet, daß fals sie zuerst mit Tode abgehen würde, alsdann der Hochzeiter besagte 2000 Rthlr. auf gedachtes Erb aufnehmen, und anderwerts anlegen, oder sonst ferner nach seinem Wohlgefallen darüber verordnen könne.

§. 2.

Am 28 Julius 1763 ist dahingegen von der Ehefrau ein Testament verfertiget, und (wie die Worten lauten) mit Wissen des Ebemanns verordnet worden, daß

1)

1) das bewohnte Haus, und was demselben anklebet, ungetheilt bleiben, und meiner Schwester Sohne Herman Joseph ganz erblich, und eigenthumlich zufallen,

2) umwillen mein liebster Ehegatt entschlossen, auf meinen Vorablebungsfall im Wittibstande zu verharren, meine Schwester bei meinem liebsten Ehemanne ins Haus zu ziehen, und die Haushaltung auf eigenen Gewinn, und Verlust zu führen, mit dem Bedinge, daß meinem liebsten Eheherrn frei stehe, die nöthigen Zimmer einzubehalten, und bei ermelter meiner Schwester die standmäßige Kost, Verpflegung, und ehrerbietige Aufwartung, und zwar unentgeldlich statt der sonst demselben unstrittig gebührenden Nutznießung zu genießen, Macht haben solle.

3) Dieweilen mein oftbelobter Eheherr dermalen nicht ungeneigt, daß eine Halbschied derer Gereiden, als Silberwerck, Leinen, Hausgeräth, wie es immer Namen haben mag (ausschlieslich jedoch des alsdann vorräthigen Weins, als welcher meinem liebsten Ehemanne auf den Ueberlebungsfall zu freier Anordnung bevorbleibt, das zu meinem Leibe gehörige Leinwad hingegen meiner Schwester Kinderen weiblichen Geschlechts zugedacht wird) an meine Blutsfreunde künftighin gelange; so vermache ich vorläufig sothane Halbschied derer Gereiden vorberührter meinen liebsten

Frau

Frau Schwester, oder fals selbige vor mir von der Welt berufen würde, deren rucklassenden vier Kinderen auf die Köpfe zu theilen, mithin versehe mich dieserthalb zu meinem geliebtesten Ehemanne, daß mit seiner Bewilligung, und auf eine ihme gefällige Zeit die Abtheilung der Geräthschaft, ausschlieslich des Weins in zwei Theile geschehn, mithin eine Halbschied des Geräths sammt dem völligen Weine meinem Ehegatte zu freier Schalt- und Waltung vorbehalten bleibe, die andere Halbschied aber, wo es die Umstände also anrathen würden, mit Beibehaltung obiger auf die Köpfe angeordneten Eintheilung nützlich verwendet werde.

4) Will meine geliebteste Frau Schwester ersucht haben, meinen grünen Rock mit Silber besetzt, den Seegrünen Schlender, den weissen mit Gold bordirten Rock sammt meiner besten Garnitür für 125 Rthlr. zu sich zu nehmen, zu ihrem Nutze zu gebrauchen, und meinem Geliebtesten besagte 125 Rthlr. nach meinem Tode zukommen zu lassen.

§. 3.

Einige Zeit darnach nemlich am 12 Julius 1764 hat auch der Hof-Rath P. seiner Ehefrau zwar folgenden Handschein zugestellt „Gegen die „von Herrn Doctor B. zuversichtlich rechtsbe„ständige, und eigenhändig eingerichtete, mit„hin unterm 28 Julius vorigen Jahrs Herrn No„tario V. zur Legalisation verschlossen præsen-

tirte

" tirte letzten Willens Verordnung meiner Hertz" geliebtesten hab ich nichts zu errinneren, son" dern kan geschehen lassen, daß selbige ihres " litterlichen Innhalts zu seiner Zeit exequirt, " und vollzogen werde„. Des andern Tags darauf nemlich am 13 Julius hat aber vorbesagter Hof-Rath P. dem Notario B. in Gegenwart zwo Zeugen einen verschlossenen Zeddel überreicht, welcher folgenden Innhalts ist " Obige Erklärung " hab ich auf meiner Ehefrau wehemüthigst in" ständigstes Zumuthen bey deren bekennten jä" merlich schmertzhaften Krankheitsumständen zu " deren Beruhigung in der gänzlichen Zuversichte, " daß in sothanem Testamenst nichts zu meinem " Nachtheile eingeruckt seyn werde, zwar gestern " abgeben müssen. Sollte jedoch gegen die sta" tutarischen Verordnungen, und sonsten contra " pacta dotalia nostra mir etwas præjudicirli" ches eingeflossen seyn; so thue nicht nur hiege" gen in optima forma protestieren, und alle " juris beneficia mir vorbehalten, sondern auch " obgemelte Erklärung gänzlich wiederrufen, mit" hin den Herr Notarium ersuchen, hierüber ein, " oder mehrere instrumenta erga condignum " mir mitzutheilen.

§. 4.

Als nun die Hof-Räthin P. das Zeitliche verlassen, und der hinterlassenen Wittiber sich in die zweyte Ehe begeben hat; so ist zwischen demselben, und der vorverstorbenen Frauen Schwester,

und Kinderen über die Verlassenschaft ein Rechtsstreit entstanden, und nach vielen Weitläuftigkeiten bei hiesigem Hof-Rathe am 10 May laufenden Jahrs gesprochen werden, daß 1) das von dem Beklagten aufgelegte inventarium quoad rerum ibidem specificatarum existentiam für richtig auf- und anzunehmen; 2) das strittige Testament für gültig, und rechtsbeständig zu erklären, mithin klagender Wittiben, und Erbgenahmen nach Maaßgabe desselben die Halbschied der Gereiden Nachlassenschoft nebst dem Eigenthume des Hauses zu N. zuzuerkennen, hingegen 3) klagende Wittib, und Erbgenahmen die vom Beklagten ex pactis dotalibus reconveniendo eingeklagten 2000 Rthlr. nach Maaßgabe derer Ehepacten zu zahlen schuldig, demselben auch 4) die in der Rechnung enthaltenen Posten zusammen mit 247 Rthlr., 10 Stüber, 7 Heller zuzuerkennen, Klägere aber 5) von den in die Rechnung eingeführten 56 Rthlr. loszusprechen, denenselben annebst 6) die in der übergebenen Gegenrechnung enthaltenen vier ersten Posten zusammen mit 101 Rthlr. 17 Stüber, 2 Heller zu vergüten, und von des Beklagten Rechnung abzuziehen, 7) Beklagter die sub posta 5. vermeldeten Schildereien seinem eigenen Erbieten gemäs der klagenden Wittiben zuruckzugeben, fort 8) die sub posta ultima bezeichneten Kleidungen gegen die in dem Anhange des Testaments angesetzten 125 Rthlr. der Klägerinne ausfolgen zu lassen, oder aber dasjenige, was solche Kleidungen prævia impartiali taxa mehr werth gewesen, zu erstatten schuldig, und

die

die aufgegangenen Kosten gegeneinander aufzuheben, und zu vergleichen sezen.

§. 5.

Wider diese am 22 Junius insinuirte Urthel hat der Beklagte am ersten Julius Revision nachgesucht, selbige am vierten erhalten, und am 11. des nemlichen Monats die Strafgelder erlegt, mithin die Nothfristen zwar richtig beobachtet, bis dahin aber keine deductionem gravaminum übergeben. Dahero die Beschwernüssen von Amtswegen zu untersuchen seynd.

§. 6.

Alldieweilen das von dem Revidenten aufgelegte Inventarium durch den ersten Absatz der Hof-Räthlichen Urthel für richtig erklärt, mithin von dem Revidenten darüber kein Beschwer zu führen; so schreite ich ohne einigen Aufenthalt zu dem zweyten Absatze, wodurch das strittige Testament für gültig, und rechtsbeständig erklärt, und in dessen Gefolg eine Halbschied der beweglichen Güter denen revisis zuerkennt worden.

§. 7.

Ein ungezweifelter Rechtssatz ist, quod conjux superstes ultimam prædefuncti voluntatem pactis dotalibus contrariam agnoscens juri sibi ex pactis dotalibus competenti renunciasse

ciasse præsumatur, ut nec ipsi, nec heredibus ejus ad illa regressus pateat.

LEYSER *ad π. Vol. V spec.* 307. *med.* 9.

Da nun der Revident obangeführter massen erkläret, wider die letzten Willens Verordnung seiner Ehefrau nichts zu errinneren zu haben, sondern geschehen lassen zu können, daß selbige ihres Buchstablichen Innhalts vollzogen werde; so hat er ja dadurch das Testament angenommen, und genehmet, mithin des ihme aus der Heyrathsverschreibung zukommenden Rechtes sich begeben.

§. 8.

Alleine (wendet derselbe erstens ein:) die Erklärung seye in der Zuversichte, daß das Testament rechtsbeständig seyn würde, abgegeben, und also um so unwürksamer, je nachdrucksamer vorbelobter

LEYSER *cit. med.* 9.

geschrieben: Testamentum pactis dotalibus contrarium nullum est. Ich wolte wohl errathen, wie die Sache sich eigentlich zugetragen habe. Der Revident hat nemlich seiner Ehefrau den anverlangten Handschein füglich nicht versagen können, oder wollen. Zugleich hat er auch seines Rechtes nicht gerne sich begeben wollen. Er hat derohalben einen Mittelweeg ausgesuchet, und selbigen gefunden zu haben vermeynet, wann er nicht

al-

allein dem Handscheine einverleibte, daß er gegen die zuversichtlich rechtsbeständige letzten Willens-Verordnung nichts zu erinneren hätte, sondern auch seine gegebene Einwilligung hinterrucklich wiederrufe. Inzwischen weit gefehlet. Da das Testament vor einem Notarius, und vier Zeugen errichtet, mithin nach den hiesigen Rechten förmlich ware; so gienge demselben weiters nichts ab, dann nur allein die Einwilligung, und Genehmung des Ehemanns. Diese hat nun aber der Revident durch den seiner Ehefrau gegebenen Handschein ersetzet, und dadurch bewürket, daß das Testament, in allem, und im ganzem rechtsbeständig worden seye; zumalen der Revident selbst zu der Gültigkeit des Testaments ein anders nicht, dann die vorgeschriebene Form, und seine Einwilligung erforderen, mithin bei der ertheilenden Einwilligung durch die zuversichtliche Rechtsbeständigkeit nichts, dann die gesetzmäßige Form verstehen konnte. Hätte derselbe aber (wie er nunmehro die Auslegung macht) durch die zuversichtliche Rechtsbeständigkeit andeuten wollen, daß das Testament der Heyrathsverschreibung gemäß seyn müsse, so wäre er sich deutlicher zu erklären um so mehr verbunden gewesen, als er aus seiner eigenen Heyrathsverschreibung wuste, oder doch wissen muste, daß seine Einwilligung nicht nöthig, wann die Frau über keine andere Sachen, als worüber sie sich die freie Macht, und Gewalt in der Heyrathsverschreibung vorbehalten, hätte verordnen wollen.

§. 9.

§. 9.

Hiedurch zerfallt zugleich dasjenige, was der Revident von dem unbekennten Innhalt des Testaments weitwendig anführet. Ohne ist zwar nicht, daß

MEAN *Part. V. Observ.* 694. *num.* 8.

schreibe: Ideoque ejusmodi uxoris consensus, qui renunciationem juris sui indubitati continet, aliter non valet, quam inspectis, cognitisque testamentis tabulis, hoc est, ut & sciat jus illud sibi competere, & quantitatem, qualitatemque bonorum, de quibus maritus testamento disponit, & quænam, quantaque illi adimit. Ohne ist auch, daß

GAIL. *Lib. II. Observ.* 48. *num.* 23.

bewähre: Ignorantia probatur solo juramento allegantis, per regulam, quod ea, quæ in intellectu, & conscientia nostra consistunt, per simplicem nostram assertionem cum juramento recte probantur. Ohne ist endlich nicht, daß deme gemäs nach Zeugnisse des

VON LYNCKER *Part. I. Cent. III. Dec.* 253. *p. m.* 328.

die Rechtsgelehrten gesprochen haben „ Würde " Klägers Principalin vermittels Eides erhalten, " daß sie bei gerichtlicher Uebergebung ihres " Manns Testaments von ihrem Curatore nicht " vernommen, noch sonst gewußt, was ihr, als

" einem Eheweibe aus des Mannes Verlassen-
" schaft zu Recht gebühre; so ist Beklagter Ein-
" wendens ungehindert, derselben die portionem
" statutariam herauszugeben schuldig. *Carpzo-
" vius* ait: Valere testamentum de pactione
" statutaria consensu conjugis superstitis ap-
" probatum. Alleine wann ein Weib einem
" marito testanti schlechter Dinge consentirt
" kan daraus nicht so fort geschlossen werden,
" E. portioni statutariæ renunciavit: ut nec
" filius censeri potest Legitimæ renunciasse,
" si parenti testaturo, & vel exheredaturo ip-
" sum consenserit,,. Inzwischen aber mögen alle
diese Rechtsstellen dahier um so weniger statt fin-
den, je ausdrücklicher der gegebene Handschein
mit sich führet, daß der Revident gegen die von
dem Doktor Brandts eigenhändig eingerichtete,
und dem Notarius V. verschlossen überreichte letz-
ten Willens Verordnung seiner Ehefrau nichts zu
errinneren hätte, mithin geschehen lassen könnte,
daß selbige ihres Buchstablichen Innhalts zu sei-
ner Zeit vollzogen würde. Mein, wie hat der
Revident dieses so artig, und umständlich an-
führen können, wann ihme der Innhalt des Tes-
taments unbekennt gewesen? Woher hat er ge-
wust, daß der Doktor Brandts das Testament
eigenhändig geschrieben, wann er selbiges nicht
offen gesehen, noch gelesen? Mit welcher Ver-
nunft hat er erkläret, gegen das Testament nichts
zu errinneren zu haben, sondern die Vollstrekung
nach dem buchstablichen Innhalt geschehen lassen
zu können, wann der buchstabliche Innhalt ihme
unbewust gewesen?

§ 10.

§. 10.

Oder solle es vielleichte nunmehro heissen, daß die Frau dem Revidenten die angeführten Umstände offenbaret habe? Alleine entweder hat die Frau den Innhalt ihres Testaments getreulich offenbaret, oder nicht? Hat sie es gethan! so ist der Revident von allem vollkommen benachrichtiget, mithin nicht unwissend gewesen. Hätte die Frau auch den Innhalt des Testaments nicht getreulich offenbaret; so könnte der Revident gleichwohl eine unüberwindliche Unwissenheit um so weniger vorschützen, je mehr er verrathen, daß er, wann er nur einiger massen gewollt, die Sache hätte wissen können. In dem des andern Tags nach der abgegebenen Erklärung, oder Handscheine dem Notarius überreichten verschlossenen Zeddel bekennet der Revident nemlich, daß er auf seiner Ehefrau wehemüthigst inständigstes Zumuthen die Erklärung zu deren Beruhigung abgeben müssen. Hat also die Frau wehemüthigst inständigste Zumuthungen gemacht, und dadurch den Revident zur Abgabe der Erklärung gleichfals genöthiget; so konnte der Revident auch leichte schliessen, daß seine Frau über ein mehreres, als dasjenige, worüber sie sich die freie Macht, und Gewalt in der Heyrathsverschreibung vorbehalten, verordnet habe; zumalen es ansonst nicht vonnöthen gewesen wäre, die wehemüthigst inständigsten Zumuthungen zu machen. Ja der überreichte verschlossene Zeddel verrathet zur Genüge, daß der Revident daran wenigstens gezweifelet

habe; immassen sonst demselben nicht einfallen können, die Protestation, und Wiederruf zu verfertigen, und dem Notarius sammt zwo Zeugen zu überreichen. Wer nun aber auch nur Zweifelet, selbiger kan keine Unwissenheit vorschützen, oder doch wenigstes keine andere, als wovon

GAIL *cit. Obs.* 48. *num.* 18.

schreibt: Dicitur autem ignorantia affectata, quando quis per simulationem aliquid ignorat, hoc est, quando scire potuit, sed noluit, quia dissimulavit.

§. 11.

Dieses kann man von gegenwärtigem Vorfalle um so gewisser sagen, als der Revident vor der auf wehemüthigst inständigstes Zumuthen abgegebenen Erklärung seine Ehefrau leichte hätte, fragen können, und sollen, fals der Innhalt des Testaments ihme nicht bekennt gewesen wäre. Hat er nun aber dasjenige unterlassen, worzu er nicht allein als ein vernünftiger Mensch, sondern noch mehr als einer, der den Titel eines Hofraths trägt, verbunden wäre; so kann er mit der Unwissenheit sich auf keine Weise schützen. Vincibilis enim ignorantia neminem, cujuscunque sit conditionis, excusat, Nam hæc culpam necessario conjunctam habet. At culpa semper nocet ei, qui in culpa est, etiam feminæ & minoribus.

LEYSER *ad* π *Vol. V. Spec.* 289. *med.* 4.

Ja was noch mehr. Da des Revidentens Ehefrau nach der abgegebenen Erklärung, und den vorgeblich aufgestossenen Zweifelen noch eine Zeitlang gelebet, so hat der Revident Gelegenheit genug gehabt, über den Innhalt, des Testaments sich zu erkünden, uud allenfals seine Frau zu dessen Abänderung zu bewegen. Selbiges aber zu unterlassen, eine Protestation, und Wiederruf hinterrucklich einzulegen, dem Notarius verschlossen zu überreichen, die Frau in gutem Glauben, und fester Meynung bis in der Sterbstunde zu erhalten, und nach dem Absterben allererst nemlich am 19. Sept. 1766 den Wiederruf eröfnen zu lassen, schmäkt nach einer Gefährde, und Argeliste, welche iu denen Rechten keinen Schutz findet. Ohnehin ist auch eiue ausgemachte Sache, conjugem consentientem conjugi ut de re sua testetur, non posse revocare consensum.

PECK *de Testam. Conjug. Lib. I. Cap.* 43. *num.* 14.

Tunc enim dispositio, licet sit revocabilis ex parte testantis, tamen ex parte consentientis transit in contractum & fit irrevocabilis

PECK *cit. Cap.* 43. *num.* 4.

Welchen in Ansehung des untergebenen Vorwurfs aunoch hinzu zu fügen, was

STOCKMANS *Dec. XIX. num.* 3.

erwehnet: Ille quippe consensus non aliud est, quam renunciatio juris consuetudinarii, quod com-

competebat conjugi consentienti, quæ renunciatio pactum quoddam continet, quo juri suo quis derogat, ex quo exceptio contra renunciantem, & heredes ejus nascitur paciscenti, ut ex alio quovis pacto, quæ exceptio non potest deinde pœnitentia renunciantis, seu mutatione voluntatis ejus aboleri.

§. 12.

Vergeblich führet demnach der Revident aus

RODENBURG *de jure Conjug. Tract. de jure, quod oritur e statutorum diversit. Tit. IV. Part. alt. Cap. II. num.* 10.

an: Postremo apud nos communioni conjunctum non esse lucrum illud statutarium vel inde palam est, quod cedat superstiti, ut maxime foret exclusa connubialis inter conjuges societas: eoque jure utimur quotidie compluribus Curiæ nostræ arrestis comprobato. Quod argumento est lucrum illud nihil habere commune cum rerum inter conjuges communicatione: Allermassen des Revidentens verlebte Ehefrau über die Gereiden, oder beweglichen Güter, mithin über das lucrum statutarium verordnet, und eine Halbschied davon ihrer Schwester, und deren Kindern vermacht, die andere Halbschied hingegen ihrem Ehemann gelassen hat. Da nun diese Verordnung von dem Revidenten obangeführter massen genehmet, und bestättiget worden; so mag gewis nicht behauptet werden, daß der Re-

vi-

vident des lucri statutarii sich nicht begeben habe; zumalen der Revident durch die gegebene Erklärung, und Genehmung des Testaments ein neues Bündnüß mit seiner Ehefrau geschlossen, wodurch die Heyrathsverschreibung in diesem Theile abgeändert, und aufgehoben worden, wie es nach hiesigen Landesrechten

Cap. 94. princ.

aller dingen geschehen mag.

§. 13.

Uebrigens ist nicht zu ermessen, wie aus dem Testament hergeleitet werden wolle, daß des Revidentens verlebte Frau ihrer Schwester, und deren Kindern die Halbschied der beweglichen Güter unter dem Bedinge vermachet habe, wann der Revident sich nicht wieder verheyrathen würde. In dem §. 2 des Testaments heisset es zwar, " daß " gleichwie oftgemelter mein lieber Eheconsort ent" schlossen auf meinen Vorablebungsfall im Wit" tibstande zu verharren, selbigem aber beschwer" lich, und schädlich fallen würde, die Haushal" tung durch blosse Beihülfe derer Dienstbotten " fortzusetzen; also meine geliebteste Schwester, " wanu selbige so dann annoch im Leben, Macht " haben solle, bei meinem liebsten Ehemann ins " Haus einzuziehen. „ Wer wird aber daraus folgeren, daß die Halbschied der beweglichen Güter unter dem Bedinge vermacht worden seye, wann der Revident nicht zu einer andern Ehe schreiten wür-

würde; zumalen dahier von der vermachten Halbschied nicht einmal die Rede ist? Eben wenig mag solches geschlossen werden aus folgenden Worten des §. 5. " Da mein oftbelobter Eheherr dermalen nicht ungeneigt dahin, daß etwa die Halbschied derer Gereideu, als Silberwerk, Leinen, Wüllen, Bethung, Hausgeräth, wie es immer Namen hat, an meine Blutsfreunde künftighin gelange; so vermache ich vorläufig sothane Halbschied deren Gereiden vormehrberührter meiner liebsten Frau Schwester.„ Anerwogen bei dieser Stelle von dem Heyrathen, oder nicht Heyrathen nicht die mindeste Erwägung geschiehet. Will der Revident vielleichte sagen, daß er darum sich geneigt erklärt habe; weilen er damals entschlossen gewesen, im Wittibstande zu bleiben, so kann man mit gutem Fuge wiedersetzen, warum er bei einem solchen Entschlusse eine Erklärung gegeben habe, die seine Frau platter dingen annehmen, und in deren Gefolg eine Halbschied der beweglichen Güter ihrer Schwester vermachen konnte. Ueber dies ist auch vernünftig nicht anders zu vermuthen, dann daß gleichwie die verstorbene Frau ihrer Schwester die Halbschied vermachet, ungeachtet der Revident sie mit der Vertröstung schmeichelte, daß er im Wittibstande zu bleiben entschlossen seye; also dieselbe das nemliche noch eher gethan haben würde, wann sie vorsehen können, daß der Revident sich wiederum verheirathen würde; zumalen ganz natürlich, daß in solchem Falle die Neigung gegen die Schwester viel grösser, dann die nachfolgende Ehefrau würde gewesen seyn.

§ 14.

§. 14.

Die bis dahin angeführten Beweggründe halte ich zur Entscheidung zulänglich, und vollkommen. Ich übergehe dannenhero die weiters aufgeworfene Frage, ob nemlich die Heyrathsverschreibung ein so genenntes pactum mixtum, oder aber simplex seye; zumalen ohnehin dieser von einigen Rechtsgelehrten gemacht werdende Unterschied sehr schlüpferig anscheint, wann man nur dasjenige gegeneinander hält, so

STRYK *de Caut. contr. Sect. III. Cap.* 8. §. 21. *& seq.*

Sodann

LEYSER *ad π. Vol. V. spec.* 308. *med.* 4.

Desgleichen

BOEHMER *Exercit. ad π. Tom. IV. Exercit. LXXI. Cap.* 2. §. 1. *& seq.*

Und endlich der

VON CRAMER in Wetzlarischen Nebenstunden Theil *XXVI.* St. 8. §. 3.

davon geschrieben haben. Imgleichen übergehe ich den dritten, und vierten Absatz der Hofräthlichen Urthel; immassen diese beeden zu des Revidentens Vortheile gereichen.

§. 15.

Ueber den fünften, sechsten, und siebenten Absatz vorgemelter Urthel dahingegen mag der Revident sich um so weniger beschweren, je deutlicher er selbst erkläret, daß er von seiner sub lit. C. übergebenen Rechnung die widersprochenen 56. Rhlr. abgehen, sodann den ersten Post der sub N. 6. beigelegten Gegenrechnung mit 32 Rthlr. 12 Stüber, den zweyten mit 15 Rthlr., den dritten mit 9 Rthlr., 34 Stüb., und den vierten mit 44 Rthlr., 30 Stüber paßiren lassen wollte, fort denen Klägeren frey stellte, die sub posta 5. eingeführte Schilderei von dem Orte, wo sie hingeordnet, hinwegzunehmen.

§. 16.

Gleichwie endlich der sechste Absatz der vorigen Urthel dahin gehet, daß die angeforderten Kleidungen gegen die in dem Anhange des Testaments angesetzten 125 Rthlr. der Klägerinne auszufolgen, oder aber derselben dasjenige, was solche Kleidungen prævia impartiali taxa mehr werth gewesen, zu erstatten seye; also trift dahier dasjenige ein, was von der Gültigkeit des Testaments oben des mehrern angeführt worden; zumalen das Testament wie in allen übrigen, also auch in diesem Theile zu befolgen ist.

§. 17.

§. 17.

Wannenhero zu sprechen, daß revisio übel gebetten, die Strafgelder einzuziehen, die bei hiesigem Hof-Rathe am 10 May laufenden Jahrs eröfnete Urthel zu bestättigen, anbei der Revident in die dahier aufgegangenen Kosten fällig zu ertheilen seye.

XI.

Von Weidgangs-Gerechtigkeit.

§. 1.

Der Medicinalrath Z. hat bei dem Buschgedinge zu B. angezeigt, daß er vor einiger Zeit einige Morgen ungebauter Länderei unweit des zu B. gelegenen Busches gekauft, demnach mit einem Graben umzogen, und Weiden, fort andere Pflanzen eingestochen, derer eine grosse Anzahl theils abgehauen, theils mit Gewalt ausgerupfet, so dann von dem Halbwinner des dem Geheim-Rathe P. zugehörigen Hofes zu D. die Schaafen in dem bepflanzten Bezirke wider die Forstordnung wären getrieben, und gehütet worden.

§. 2.

Wenige Zeit darnach wurde vom Geheim-Rathe P. bei hiesigem Hof-Rathe eingeklagt, daß die

die Gebrüder Z. am 13 Junius 1767 ihn in seinem des Wassenberger Hofes halber hergebrachten Besitze des Weidganges mittels Hinwegnehmung eines Schaafs aus der Herrde gestöret hätten, welche begangene Störung nicht allein zu untersagen, sondern auch das gepfändete Schaaf mit Schaden, und Kosten wiederzugeben wäre.

§. 3.

Dawider wendete Medicinalrath Z. ein, daß er das Schaaf zwar rechtlich, und üblich pfänden, nichts desto weniger aber hätte wiedergeben lassen. Ob er ansonst gleich die Viehetrift, und deren Gerechtsam nicht in Abrede stellen wollte; So wäre der Gegner jedannoch nicht befügt gewesen, die Weiden, und übrigen jungen Pflanzen ausreissen, die Graben zuwerfen, und zwanzig mit Früchten besäeten Morgen durch das Viehe abweiden zu lassen. Dahero der dadurch zugefügte Schaden vor allem müste ersetzet werden.

§. 4.

Geheim-Rath P. widersetzte, daß durch die Zuruckgabe des Schaafs noch keine völlige Genugthuung geschehen, sondern zugleich alles in den vorigen Stand wieder zu stellen, mithin die Pflanzungen auszuraumen, und die Graben zuzuwerfen wären, bevoran er nöthig hätte, sich in die Hauptsache einzulassen.

§. 5.

Nach geschlossener Sache fiele der Rechtssprüche am 29 Nov. 1768 dahin aus, daß Geheim-Rath P. bei dem Weidgange in possessorio salvo petitorio zu handhaben, und Medicinal-Rath Z. zu Abstellung aller attentatorum, fort Herstellung der strittigen Bezirken ad statum pristinum cum omni causa anzuweisen, auch in die aufgegangenen Kosten fällig zu ertheilen, dahingegen wegen der abgehauenen, und ausgeworfenen Pflanzen zu dem Schäfer des Geheim-Raths P. ratione prætensæ indemnisationis hin-oder de jussu principalis zu dociren anzuweisen seye.

§. 6.

Gegen diese am zweiten Dec. insinuirte Urthel hat der Medicinalrath Z. am 11 des nemlichen Monats Revision nachgesucht, selbige am 13 Dec. erhalten, so dann am 12 Jenner die Strafgelder erlegt, mithin die Nothfristen richtig beobachtet.

§. 7.

Inbetref der Hauptsache ist von dem Revidenten allenthalben nachgegeben, und eingestanden worden, daß die Schaaftrift, und deren Gerechtigkeit in dem strittigen Bezirke dem reviso zukommen. In der bei hiesigen Hof-Rathe übergebenen Paritional-Handlung heisset es nemlich "

lich „ Wogegen nichts irren, noch den Gegner
" entschuldigen kan, daß er in possessione des
" Weidgangs sich befinde, worüber ich mit dem-
" selben nicht quodlibettiren will, weilen dieses
" Weidgangs in sensu accommodo, nullatenus
" vero in sensu absoluto genommen, und exer-
" cirt werden muß„. Also heisset es auch in der
" replica submissionali „Ich disputire dem
" Gegner das jus pascui keines weegs: es muß
" derselbe aber wissen, und erkennen lernen, daß
" solches so exercirt werden müsse, daß dem
" Eigenthümer sein Eigenthum nicht erkränket,
" noch dessen Nutzbarkeit entrissen werde". Und endlich heisset es in der dahier übergebenen Deductione" Bevorab der Gegner solche Weid-
" gangs Possession, wie er jetzo prætendirt, und
" ihme durch die Urthel, a qua zuerkennt wird,
" nimmer erweisen wird, weder in alle Ewigkeit
" zu erweisen vermögend ist; immassen derselbe
" sich des Weidgangs so zu bedienen de jure
" communi, & consuetudine horum locorum
" verpflichtet ist, daß dem Eigenthümer sein jus
" proprietatis, ejusque usus nicht benommen
" werde.

§. 8.

Kommt nun die Weidgangsgerechtigkeit dem Reviso zu, so muß auch die allgemeine Rechtsregel eintreffen: Nihil potest facere Dominus fundi servientis, quod impediat servitutem.

FA-

FABER in Rational. ad L. 13. §. 1. π. de S. P. R.

Woraus

MULLER *ad Struv. Exercit. XIII. Thes. XXVI. lit. O*

mit allen anderen Rechtsgelehrten folgeret: Quamvis alias domino sylvæ, vel alii in ea jus venandi habenti, eam cingere, vel circumsepire integrum sit, Zas. *lib.* 2. *cons.* 6. *num.* 1. Gail. 2. *O.* 68. *n.* 7. Besold. *p.* 1. *consil.* 3. *tit.* 4. *c.* 4. *num.* 10. in præjudicium tamen juris pascendi, quod alteri legitimo titulo ea in sylva acquisitum est, hoc fieri nefas ducunt Friderus Mind. *d. process. lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 1. Wurmser. *exerc. jur. publ.* 3. *qu* 10. Neque licitum est domino quicquam inædificare fundo pascendi jure affecto, sive publicus sit, sive privatus, nisi id fiat consensu omnium de usu servitutis participantium, vel magistratus, si publica sint pascua, permissione. *arg. l.* 2. *d. locis, & itin. publ. l.* 1. *& t. t. ff. ne quid in loc. publ.* Losæus. *de jur. univers. p.* 3. *c.* 5. Besold. *p.* 2. *cons.* 25. *n.* 3. Dominus prædii servientis loca, in quibus alteri jus pascendi debet, invito domino prædii dominantis mutare v. gr. piscinam faciendo, vites plantando, vel ad culturam reducere nequit.

§. 9.

Von der allgemeinen Regel macht zwar

LEYSER *in jur. Georg. Lib. III. Cap. X. num.* 33. 34. 35. & 37.

folgende Ausnahme: Dominus prædii servientis non potest pascua in agrum convertere, nisi & cui debetur servitus, hoc non sit detrimento, vel servitus pascendi competat eo saltem tempore, quo fruges sunt collectæ, vel si relinquantur alia prædia inculta, quæ ad pastum pecorum sufficiunt. Inzwischen aber findet keine von diesen drey dahier statt. Dieweilen der Revident nemlich einen grossen Bezirk mit jungen Bäumen beflanzet, und mit ei: Graben umgeben hat; so gereichet dieses um so unwidersprechlicher zu Schmälerung, und Nachtheile des Weidgangs, als nach eigenem des Revidentens Angeben der bepflanzte Bezirk wenigstens 15 bis 20 Jahren geschlossen bleiben, mithin die Schaaftrift so lange aufhören muß.

§. 10.

Zum andern ist von dem Revidenten nicht einmal angereget worden, daß der Weidgang dem reviso nur zu offenen Zeiten, und nicht in geschlossenen Feldern gebühre. Und obgleich der Revisus das Gegentheil bis dahin ebenfals nicht erwiesen; so mag jedoch noch zur Zeit nicht eintreffen, si non appareat, an jus pascendi omni tempore, an vero tum saltem, quando fruges sunt collectæ, alicui competat, tunc in dubio præsumi, eo saltem tempore, quo fruges sunt collectæ, competere.

LEY-

LEYSER *cit. Cap. X. num.* 36.

Anerwogen beede Theile bis dahin nur über die geschehenen Beinträchtigungen, und Thätlichkeiten, nicht aber über die Art, und Eigenschaft des Weidganges gestritten haben. Dahero auch selbige noch nicht zu bestimmen; id quod (wie

CARPZOV *in Jurispr. for. P. II. Const. XLI. Def.* 4. *num.* 2:

anmerkt: ex constitutione servitutis, aut præscriptione juris pascendi manifestum reddi poterit. Andern Theils liegt auch meines Erachtens der Beweis demjenigen ob, welcher eine Ausnahme von der Regel behaupten will. Wenigstens ist nach Zeugnüsse des

CARPZOV *cit. Const. Def.* 3:

von denen Rechtsgelehrten gesprochen worden " Es wäre dann, daß solche Hütung, und Trift" Gerechtigkeit bemeldter Dorfschaft, und Nach" baren auf euren Felderen, und Aeckeren allein " zu offenen Zeiten, und nicht bey geschlossenen " Felderen zustünde. Dessen genüsset ihr billich, " und möchte euch auf solchen Fall die Felder, " und Leiten umzureissen, und zu Acker zu ma" chen nicht Einhalt gethan werden ". Mithin hat der Revisus Fug, das Umreissen, und Ackeren so lange zu untersagen, bis daran in petitorio ein näheres beausfündiget seyn wird; zumalen der Revident sich selbsten beymessen mus, daß er weiter nicht, dann nur über die Thätlichkeiten gehandelet habe.

§. 11.

Endlich hat auch der Revident nicht angegeben, daß dahier der Fall obhanden, wovon

CARPZOV *cit. Constit. Def.* 6.

schreibt: Quod, licet quis per integrum annum nullo definito tempore, habeat in prædiis alicujus jus pascendi; si tamen prædia tot, & tanta sint, quæ omnia pascuis necessaria haud sint, dominus fundi servientis bene queat prædia quædam in culturam redigere; dummodo servitus inde deterior non fiat, sed alia quædam, & tot inculta relinquantur prædia, quæ ad pastum pecorum sufficiant. Sondern der Revident vermeynet nur, daß die Trift-Gerechtigkeit überhaupts, und ins gemein ohne Kränkung des Eigenthums, und der Benutzung auszuüben seye, welches den gemeinen Rechten um so gerader widerstrebet, je ausdrucklicher dieselben dem Eigenthümer all dasjenige untersagen, und verbieten, was zu Behinderung, und Schmälerung der Dienstbarkeit gereichet.

§. 12.

Eben vergeblich ruft der Revident die hiesigen Jagd- und Forst-Satzungen zu Hülfe, worinnen

Cap. II. §. 1.

versehen, daß gleichwie in den gemeinen so wohl, als Gemarken Waldungen, besonders aber in der Wildbahne verschiedene verdorbene, und verwüstete Busch Bezirken fort unbepflanzte leere Plätze sich vorfinden, und diese sowohl zum Schaden der Wildbahn, als des Publici in solchem Umstande liegen bleiben; also künftighin durch die Beerbten, oder Gemeinde, welchen sothane Districten zugehörig seynd, also fort den befindenden Umständen nach unter willkühriger Strafe zu derer Herstellung gemäs der Policeyordnung die nöthigen Veranstaltungen sollen gemacht werden. Dem dürren Buchstabe nach spricht vorangeführte Stelle von den verdorbenen Buschbezirken, welche in den gemeinen sowohl, als Gemarken Waldungen, und sonderlich der Wildbahne sich vorfinden. Nun ist aber der strittige Bezirk kein in den gemeinen, oder Gemarken Waldungen, oder in der Wildbahne gelegener Buschbezirk, sondern sonderbare, und eigene Länderei, welche der Revident vor einiger Zeit gekauft hat. Mithin mögen die Jagd- und Forstsatzungen darauf um so weniger ausgedehnet werden, als eines Theils der Revident einen verdorbenen, und verwüsteten Buschbezirk nicht herstellet, sondern einen Theil des jüngsthin gekauften, und wüsten Landes mit jungen Bäumen zu bepflanzen, und den andern Theil zu besäen angefangen hat. Wann andern Theils die Jagd- und Forst-Satzungen

Cit Cap. II. §. 4. & 5.

gebieten, daß zu Herstellung derer Waldungen

 die

die erforderlichen Eichelenkämp ohne Anstand angeordnet, und wo dergleichen Kämp würklich verfertiget, und zum Stande gebracht seynd, mit Bepflanzung der ledigen Plätze verfahren, fort solche bepflanzten Orte nach der Policeyordnung auf einige Jahren, bis dahin alles völlig bewachsen, nach Gutfinden derer Buschbeamte von allem Weidgange befreiet bleiben sollen; so erhellet daraus ganz klar, daß nicht von solchen Buschen, welche jemand zu seinem eigenen Nutzen, und zum Nachtheile des andern von neuem anlegen will, sondern von gemeinen, und Gemarken Waldungen, und derer Herstellung die Rede seye. Noch mehr bestättigen die Jagd- und Forst-Satzungen

Cit. Cap. II. §. 7.

dieses folgender massen, "An denen Oerteren, " wo sonsten die gemeinen Heiden, und Weiden " zu Beweidung des Viehes hinlänglich seynd, " sollen die Gemeinden so wohl, als gemeine Erb- " büschen auf 10, auch befindenden Dingen nach " mehr, oder wenigere Jahren, unnachtheilig der " zu privaten Güteren eigenthümlich gehöriger " Büschen gewehret, und der Schweidgang da- " rinnen verbotten seyn ". Ueber dies würde die Auslegung wider die gemeinen Rechten anlaufen, wann man behaupten wollte, daß jedem Eigenthümer erlaubt seye, seine wüste Länderei mit Schmälerung, und Einschränkung des Weidgangs, und Trift-Gerechtigkeit umzureissen, und ent-

entweder mit jungen Bäumen zu bepflanzen, oder zu besäen.

§. 13.

Was der Revident ferner annoch von der Abtey zu D., und anderen zum Weidgange berechtigten anführt, welche von ihrem Gerechtsame abgelassen haben sollen, wann wüste Länderei umgerissen, und bepflanzet, oder besäet worden wäre, verdienet kaum eine Berührung; immassen das Angeben nicht einmal bescheiniget, will geschweigen, erwiesen ist. Gesetzt aber auch, daß der Beweis würklich obhanden wäre; so könnte daraus jedoch eine Landes Gewohnheit um so weniger hergeleitet werden, als eine Landes-Gewohnheit nicht zu nennen, was von einigen wenigen ist verrichtet, und gethan worden. Zudeme mögen auch besondere Ursachen den einen, und andern bewogen haben, von der Triftgerechtigkeit abzustehn, oder selbige zum Theile nachzulassen. Ja dieselben können auch aus gewissen Gründen dazu verbunden gewesen seyn. Dieses aber will ich dermalen nicht weitläuftiger untersuchen, sondern nur aus denen Rechten zum Beschluße anführen: Cum de consuetudine civitatis, vel provinciæ confidere quis videtur; primum quidem illud explorandum, an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo confirmata sit.

L. 34. π. de L. L.

§. 14.

Uebrigens hat der Revisus zwar angegeben, daß er seinem Gärtner anbefohlen, die ausgeworfenen Graben wieder einzuwerfen, und zu füllen. Nirgentwo ist aber (wie der Revident irriglich vorgiebt, und desfals die Hof=Räthliche Urthel einer Nichtigkeit so unbefugt, als frevelhaft anschuldiget) von demselben eingestanden worden, daß der Schäfer aus Befehl des Revisi abgehauen, und ausgeworfen habe. Ja der Schäfer selbst hat sogar ad interrog. 5. & 6. das Abhauen, und Auswerfen verneinet, und nur ein einziger nicht einmahl beeideter Zeug ausgesagt, daß er gesehen, den Schäfer die jungen Pflanzen mit der Schaufel abstechen. Von den anderen beeden Zeugen ist dahingegen ein mehreres nicht bekundschaftet worden, dann daß sie die abgestochenen Pflanzen gefunden hätten.

§. 15.

Wannenhero zu sprechen, daß Revisio übel gebetten, die Strafgelder einzuziehen, so dann die Hof=Räthliche Urthel zu bestättigen, und der Revident in die dahier aufgegangenen Kosten fällig zu ertheilen seye.

XII. Von

XII.
Von Jagd-Gerechtigkeit.

§. 1.

Die Jagd, jener gemeine Edens-Apfel hat zu Anfange dieses Jahrhundert zwischen dem Freyherrn von N., und dem Freyherrn zu S. gleichfals Uneinigkeit gestiftet, und den Freyherr von N. verleitet, daß selbiger am 10 Sept. 1709 des Freyherrn zu S. Jäger die Flinte auf eigener des Freyherrn zu S. Länderei durch drey bewafnete Leute hinwegnehmen lassen.

§. 2.

Hierüber wurde von dem Freyherrn zu S. Klage angehoben, und am siebenten Sept. 1714 gesprochen, daß Kläger bei dem Besitze der Jagd auf den zum Hause S. gehörigen Aeckeren, und Büschen zu handhaben, Beklagtem hingegen aufzugeben seye, die hinweggenommene Flinte wiederzugeben, und den Kläger in den zu besagtem Hause gehörigen Jagdten nicht zu stören.

§. 3.

Diese Urthel ließen zwar beede Theile in Rechtskraft erwachsen, gleich darauf aber nemlich am 17 November 1714 führete der Freyherr von

N.

R. Beschwer, daß die Urthel über den klaren Innhalt ausgedehnet, aus denen Aeckeren ein Bezirk gemachet], und darunter das ganze Feld zu S. wolle verstanden werden.

§. 4.

Demnach wurde also von neuem über den Sinn der Urthel gestritten, und zuletzt am 27 August 1716 dem Obristjägermeister Commißion aufgetragen, die Grenzen der zum Hause S. gehörigen Aecker, und Büschen in Augenschein zu nehmen, dieselben umständlich, und fleißig beschreiben zu laßen, sodann unterthänigst zu berichten.

§. 5.

Statt solches zu beeiferen haben beede Theile die Sache ruhen laßen, bis endlich nach Absterben des Freyherrn von R. von dem Verwalter am 29 Nov. 1735 dahier angezeigt wurde, daß am zweyten Nov. zu eben der nemlichen Zeit, als der Haus-Capellan mit zwei Hunden auf der Jagd in den dem Freyherrn zu S. gehörige Aeckeren sich befunden, und einen Haaßen geschossen, der Freyherr von R. mit fünf bei sich gehabten Dieneren in des Freyherrn zu S. Buche nicht weit von dem Hause den Capellan umzielet, und anfänglich demselben die Flinte, und Haaßen abgeforderet, nach bezeigter Widersetzlichkeit aber beede Stucke abgenommen, sodann mit einer Pistohl einen Hund verletzet habe.

§. 6.

§. 6.

Diese Anzeige wurde zwar dem Freyherrn von R. zur Erklärung communicirt, die Erklärung aber nicht beigebracht; noch die Sache von einem, oder andern Theile fortgesetzet.

§. 7.

Im Jahre 1740 stellete der gefolgte Freyherr von R. von neuem dahier vor, daß der Freyherr von S. nicht weit von dem Hause S. auf dem zu dem Hause S. gehörigen Grunde bei dem so genennten Lobusche durch seine Jägere, und Dienere des Freyherrn zu S. Knechte die Jagd-Flinten am vierten Nov. 1739 mit Gewalt habe abnehmen laßen. Als nun darauf dem Obristjägermeister aufgetragen wurde, daß er bei angegebener Bewanntnüsse den Freyherrn von S. zu Wiedergabe der hinweggenommenen Flinten, wie auch völliger Gelebung der am siebenten Sept. 1714 ergangenen Urthel allenfalls executivè vermögen solle; so bliebe es abermals dabei lediglich bewendet.

§. 8.

Endlich klagte der jetzige Freyherr zu S. am 18 Septemb. 1763 dahier ein, daß am Huberts-Tage vorigen Jahrs der Amtsjäger zu A. in Zustand einiger Schützen sich unterfangen habe, dem Haus-Capellan, Jäger, und noch einem andern Gesellen die Flinten auf deu zu dem Hause S. gehörigen Aeckeren mit Gewalt abzunehmen.

§. 9.

§. 9.

Hierüber wurde von dem Freyherrn von S. ein Bericht gefordert, und in dem erstatteten Berichte die vorhin über den Sinn der Urthel vom Jahre 1714 obgewaltete, und unerörterte Frage nicht allein wiederum aufgewecket, sondern auch nunmehro förmlich abgehandelt, und nach vollendetem Schriftwechsel am fünften Junius 1765 dahin entschieden, daß der Freyherr zu S. bei der Jagd im ganzen Kirchspiele S. possessorio tenus zu schützen, und das ausser dem Kirchspiele vermeintlich habende Gerechtsam in separato ein- und auszuführen, demselben vorzubehalten, immittels aber, und bis zu Austrage des ordentlichen Rechtens in possessorio, vel petitorio das Jagen ausser dem Kirchspiele zu untersagen, sodann die gepfändete Flinten zum Obristjägermeisterei-Amte ad depositum einzulieferen, und die aufgegangenen Kosten gegeneinander aufzuheben seyen.

§. 10.

Wider diese am 27 August insinuirte Urthel hat der Freyherr von S. am dritten Sept. dahier Revision nachgesuchet, selbige am fünften erhalten, und in dessen gefolg am 23 des nemlichen Monats die Strafgelder erlegt, mithin die Nothfristen richtig beobachtet.

In der Hauptsache kommt es demnach lediglich darauf an, wie die am siebenten Sept. 1741 eröfnete Urthel zu verstehn, und ob dem Frey-

Freyherrn zu S. dadurch die Jagd auf den zu dem Hause, oder Rittersitze S. gehörigen Aeckeren, und Büschen allein, oder zugleich auf allen zu dem Hause S. gehörigen, auch den in dem Kirchspiele S. gelegenen fremden Gründen, Felderen, und Wälderen seye zuerkennt worden.

§. 11.

Das letztere will zwar von Seiten des Freyherrn zu S. durchaus behauptet werden. Mir dahingegen kommet das erste nicht allein wahrscheinlich, sondern auch sogar handgreiflich vor. Bekennt ist nemlich, daß nach der hiesigen Landes-Verfassung denen Rittersitzen durchgehends nur die kleine Jagd auf den zu dem Rittersitze gehörigen Felderen, und Wälderen zukomme. Nicht weniger waltet ausser allem Zweifel, daß, wann gleich das in einem Dorfe, oder Kirchspiele gelegene Rittersitz, oder adliches Haus, sodann das Dorf, oder Kirchspiel einen, und den nemlichen Namen führen, jedannoch zwischen dem Rittersitze, und dem Dorfe, oder Kirchspiele ein Unterschied zu machen, und also der Rittersitz zwar durchgehends als ein freier Theil des Dorfs, oder Kirchspiels, nicht aber das Dorf, oder Kirchspiel als ein Theil, oder Zugehörigkeit des Rittersitzes zu betrachten seye; immassen die Dörfer, und Kirchspiele ordentlicher Weise dem Landsherrn, die Rittersitze hingegen denen Ritterbürtigen, oder sonstigen Privaten zugehören. Endlich darf auch niemand verabreden, daß das Haus, oder Rittersitz

tersitz S. dem Freyherrn zu S., nicht aber der Freyherr zu S. dem Rittersitze, mithin alldasjenige, was zu dem Rittersitze gehöret, auch dem Freyherrn zu S., nicht aber hinwiederum, was dem Freyherrn zu S. gehöret, ebenfals dem Rittersitze eigen, anklebig, und gefölglich seye; anerwogen der Freyherr zu S. nicht allein in dem Dorfe, oder Kirchspiele, wo der Rittersitz gelegen, sondern auch in dem nemlichen sowohl, als anderen Aemteren, ja Landen noch viele andere Güter, und Stucke besitzen kan, welche gleichwohl für Theile, oder An- und Zugehörungen des Rittersitzes auszugeben schwerlich jemand sich wird beigehen laßen.

§. 12.

Hieraus ziehe ich demnach die unhintertreibliche Folge, daß gleichwie durch die Urthel vom Jahre 1714 ein zeitlicher Besitzer des Hauses zu S. bei dem Besitze der Jagd auf den zu dem Hause S. gehörigen Ackeren, und Büschen gehandhabet worden, also die Urthel nur von den zu dem Hause, oder Rittersitze S., nicht aber von den dem Freyherrn zu S. gehörigen, viel weniger den in dem Kirchspiele gelegenen, und gar dritten zugehörigen Felderen, und Wälderen zu verstehen, und auszulegen seye; zumalen eines Theils nach obangeführten Grundsätzen nicht gesagt werden mag, daß diejenige Felder, und Wälder, welche der Freyherr zu S. nebst dem Rittersitze S. in dem Kirchspiele S. besitzet, dem

Hause, oder Rittersitze zugehören. Andern Theils spricht auch von selbsten, daß die in dem Kirchspiele S. gelegenen, und dritten zugehörigen Felder, und Wälder unter denen Aeckeren, und Büschen des Hauses S. so wenig, als des Freyherrn zu S. mögen gezehlet werden. Ueber dies giebt noch der Referent, auf wessen Relation die Urthel vom Jahre 1714 abgefasset, und welcher also der beste Ausleger, und Dollmetscher seiner eigenen Worte, ist, in der ferner erstatteten, und am 27 August 1716 abgelesenen Relation uns folgende Erklärung " Weilen der Freyherr von R. " obhabenden Amts, und Pflichten halber remon- " strirt, daß vielgemelter Freyherr von K. exce- " dendo limites nicht allein auf denen zum Hause " S. gehörigen Aeckeren, sondern auf allen dem " Freyherrn zu S. gehörigen hin, und her ab- " gelegenen Höfen, und darzu gehörigen Büschen, " und Felderen gegen des Amts zu A. Gerecht- " sam ausbreiten will, ein solches aber deren " bey dieser Sachen angewesenen Räthen Mey- " nung so wenig gewesen seyn kan, als ich mei- " ner Wenigkeit nach unterthänigst anders nicht " davor gehalten, dann daß dieses nur von denen " immediatè zum Hause, nicht aber dem Frey- " herrn zu S. gehörigen Aeckeren, und Büschen " zu verstehen seye; so müste unterthänigst ohn- " maaßgebig dafür halten, daß um dieser ganz " gefährlichen Mißhelligkeit dermalen eine abzu- " kommen dem Obristjägermeistern Freyherrn von " H. gnädigste Commißion zu ertheilen wäre, ge- " stalten die Limiten der zum Haus S. gehörigen

" Aecker, und Büschen in Augenschein zu nehmen,
" dieselbe umständlich, und fleißig beschreiben zu
" laßen, und ab dem Befinden unterthänigst zu
" referiren.

§. 13.

Von Seiten des Revisi wird zwar hiewider eingewendet, daß nicht auf die Relation, sondern die von dem Jahre 1714 verhandelten Acten zu sehen, worinnen der vollbürtige Beweis zu finden, daß das Haus S. im Kirchspiele S., und in den nechst anschiessenden Felderen nicht allein auf eigenen Gründen ohne Unterschied, sondern auch auf den darzwischen gelegenen wenigen privat Gründen über Menschen Gedenk gejaget habe. Alleine wollte ich auch dieses ganz einraumen, was würde der Revisus daraus zu seinem Vortheile folgeren können? Erstens ist durch die Urthel vom Jahre 1714 der Freyherr zu S. nur bei der Jagd auf den zu dem Hause S. gehörigen Aeckeren, und Büschen gehandhabet worden. Da zum andern der vorherige Referent bei der wegen des Sinns der Urthel aufgeworfenen Frage sich geäusseret, daß er nicht anders dafür gehalten, dann daß die Jagd-Gerechtigkeit nur von den unmittelbar zum Hause, nicht aber dem Freyherrn von S. gehörigen Aeckeren, und Büschen zu verstehen seye; so ist mit demselben abermals geschlossen, mithin der angerühmte Beweis nicht ein- sondern gar zweimahl verworffen. Ich gestehe zwar selbst, daß, fals der Beweis obhanden, alsdann

dann die Verwerfung widerrechtlich wäre. Dahingegen werden hinwiederum alle Rechtsgelehrten mir nachgeben, daß die Urthel nichts desto weniger gültig, und nunmehro Rechtskräftig seye. Der Revisus hat derowegen seiner eigenen Schuld beizumessen, daß er weder gegen die Urthel vom Jahre 1714, noch die Verordnung vom 27 August 1716 ein Rechtsmittel ergriefen; zumalen er mit beeden Händen greifen konnte, daß die Sache nicht nach seiner Meynung ausgefallen seye.

§. 14.

Inzwischen hat es mit dem Beweise solche Bewanntnüs nicht, wie von dem Reviso vorgegeben wird. Der erste Zeug Peter W. sagt nemlich ad interrog. 5. 6. 7. 9, & 10 nur von hören sagen, und weis nicht, ob der Freyherr zu S. in dem Besitze des Jagens seye; zumalen er den Freyherrn zu S. von K. noch niemahlen die Jagd ausüben gesehen. Desgleichen kan der zweite Zeug ad interrog. 3. 5. & 6. nicht sagen, wo die Feldhüner gefangen, wo mit dem Jagen gekehrt, und gewendet, und wie weit gejaget worden. Ein gleiches bewehren auch der dritte Zeug ad interrog. 4. & 6. der vierte Zeug ad interrog. 5 & 6. der fünfte Zeug ad interrog. 3. & 6. der sechste Zeug ad interrog. 3. 4. 5. & 10. und der siebente Zeug ad interrog. 3. 5. & 6. und zwar einige mit dem Zusatze, daß sie nicht wüsten, wo, und in welchem Bezirke die Freyherren zu S. gejaget hätten. Wann ferner der Johann L. ad art. 7. beurkundet, daß sein Oheim

Hermann für den Freyherrn zu S. die Feldhüner durch das ganze Feld gefangen habe; so gibt derselbe eines Theils nicht an, woher er solches wisse, andern Theils äusseret er sich auch nicht, ob er durch das ganze Feld des Kirchspiels S., oder aber nur die zu dem Hause S. gehörigen Aecker, und Wälder wolle verstanden haben. Und endlich zeuget der Johann M. ad art. 16. von dem Jagen in dem sogenennten Lohbusche, wovon keine Frage ist.

§. 15.

Diesem allen kommt annoch hinzu, daß der ehemalige Freyherr von A. dem Freyherrn zu S. zu Ende des vorigen Jahrhundert gestattet, und zugelassen habe, Namens seiner die Chur = Fürstliche Jagd in dem ganzen Amte A. ausüben zu können. Dahero auf all dasjenige, so zu Zeiten obermelten Freyherrn zu S. geschehen, kein Acht zu haben, anbei nicht ungegründet zu vermuthen, daß der vorherige Freyherr zu S., welcher dem im Jahre 1687 verstorbenen Freyherrn zu S. gefolget, sodann der Freyherr zu S., welcher dem Freyherrn zu S. im Jahre 1688 gefolget, von dem Freyherrn von K. eine gleiche Erlaubnüs gehabt haben; immassen der erste, zweite, dritte, vierte, sechste, und siebente Zeug ad interrog. 4. beurkunden, daß der Freyherr zu S. in dem ganzen Amte A. mit Wagen, und Pferden gejaget habe, welches gewislich nicht geschehen seyn würde, wann der Freyherr von K. darzu keine

Er-

Erlaubnüs ertheilet hätte; zumalen von dem Freyherrn zu S. nicht zu glauben, daß selbiger ohne Erlaubnüs die landesherrliche Jagd so öffentlich verletzen, und kränken werde.

§. 16.

Ferner kan auch zur Sache nicht das mindeste beitragen, wann der Revisus vorschützet, daß seine Jagd ein blosses Nichts vorstellen würde, fals dieselbige in dem ganzen Kirchspiele S. nicht dörfte ausgeübet werden. Solte dieses den Stich halten; so würden alle diejenigen, welche keine Rittersitze, oder klärlicher zu reden, wenige zu dem Rittersitze gehörigen Felder, und Wälder hätten, ebenfals in die landsherrliche Jagd eingreifen, und einen Theil davon sich unter dem Vorwande zueignen können, weilen ansonst ihre Jagd nicht viel vorstellen würde: Wie würde es aber alsdan mit der landesherrlichen Jagd aussehen, und wo würde der allgemeine Satz bleiben, daß denen Rittersitzen die Jagd nur auf ihren eigenen Felderen, und Wälderen zukomme? Ich weis derowegen dem Reviso in denen Umständen, wo die Jagd zu klein seyn sollte, keinen andern Rath zu geben, dan so kräftig, als nur möglich, und ohne einigen Abzug des Zehendens zu wünschen, daß die Felder, und Wälder des Hauses S. grösser seyn mögten.

§. 17.

Der revisus will sich zwar damit nicht begnügen, sondern vielmehr aus der am siebenten

Sept. 1714 eröfneten Urthel selbsten die Folge ziehen, daß gleichwie darinnen dem Freyherrn von K. aufgegeben worden, den Freyherr zu S. in den zu dem Hause S. gehörigen Jagden künftighin nicht zu stören, also nicht eine, sondern mehrere Jagden, mithin die Jagd nicht allein in den zu dem Hause S. gehörigen Felderen und Wälderen, sondern auch in dem ganzen Kirchspiele dem Hause S. zukommen müsse. Mich fördtet aber sehr, daß der abgefaste schlus denen Regelen der Schlieskunst wenig gemäs seye. Kraft der oft angezogenen Urthel ist der Freyherr zu S. bei der Jagd auf den zu dem Hause S. gehörigen Aekeren, und Büschen gehandhabet, mithin unter denen Worten: in den zu besagtem Hause gehörigen Jagden, nichts anders, noch mehr, dann die Jagd auf den eigenen Felderen, und Wälderen zu verstehen; anerwogen eines theils die Urthel schon im Anfange sattsam bestimmet, und beschreibet, welche Jagd-Gerechtigkeit dem Hause S. eigen seye. Fals auch andern theils die Urthel so, wie es dem reviso beliebt, ausgelegt werden wollte; so würde nicht nur ein offenbarer Widerspruch herauskommen, sondern auch der revisus alle Jagden, wo nicht im ganzen Herzogthume, doch wenigstens im dem Amte A. sich zueignen können. Ueber dies pflegt man im Deutschen an statt des singularis sich des pluralis zu bedienen, und statt Jagd Jagden zu sagen, und zu schreiben, wie dieses bei

FRITSCH *in Corp. jur. Venat P. 1. Fol. 231. & Part. 3. Fol. 20. 35. 55. 274, & 518.*

des mehreren kan nachgesehen werden.

§. 18.

Ansonst hat der revisus darin vollkommen Recht, daß er auf allen zu dem Hause S. gehörigen Felderen jagen könne, es mögen die Felder durch eigene Knechten gebauet werden, oder aber anderen verpfachtet seyn; immassen die zu einem Rittersitze gehörigen Felder, und Höfe desselben Theile, und Zubehörungen verbleiben, wann selbige gleich anderen verpfachtet seyen. Anbei finde ich ganz keine Ursache, warum jemand einen ganzen Rittersitz nicht verpfachten, und gleichwohl die Jagden sich solle vorbehalten können. Wie viel mehr wird also solches erlaubt seyn, wann nur ein Theil des Rittersitzes verpfachtet wird? Hievon ist auch nicht einmal die Frage gewesen, mithin nicht zu ermessen, warum der revisus überflüssige Zweifelen erregen wolle.

§. 19.

Welche Felder, und Höfe inzwischen zu dem Hause S. eigentlich gehören, läst sich dermalen um so weniger beausfündigen, und bestimmen, als der am 27 August 1716 erlassenen Verordnung bis dahin kein Genügen geleistet, noch der Augenschein befohlener massen eingenommen worden. Solches muß also annoch geschehen, dahingegen es dabei verbleiben, daß durch die Urthel vom Jahre 1714 dem Freyherrn zu S. die Jagd nur auf den zu dem Hause S. gehörigen Felderen, und Wälderen zugelassen, mithin die durch die letzte Urthel geschehene Erklärung allzu weit ausgedehnet seye.

§. 20.

Wessenthalben zu sprechen, daß revisio wohl gebetten, die Strafgelder wieder zu geben, und die am fünften Junius 1765 dahier erdfnete Urthel dahin zu reformiren, daß der revisus als Einhaber des Hauses zu S. nach Vorschrift der Urthel vom siebenten Sept. 1714 weiters nicht, dann nur bei der Jagd auf den zu dem Hause S. eigentlich gehörigen Felderen, und Wälderen zu handhaben, im übrigen aber es bei der vorigen Urthel lediglich zu belassen seye.

XIII.

Von Einwerfung, oder Collation des von denen Elteren bereits empfangenen

§. 1.

Die Eheleute Johann Theodor D., und Anna Catharina H. haben in Abwesenheit ihres Sohns Johann C. mit ihren übrigen Kinderen, namentlich Maria Gertrud, und derselben Ehemanne Peter von H., Catharina Margaretha, und derselben Ehemanne Johann Abraham S., so dann Johann Theodor am 27 April 1761 ein Bundnüß errichtet, worin §. 6. versehen „Was

" un-

" unsere Gereiden, Hausmobilien, und was wir
" sonst mehr in unserem Vermögen durch Got-
" tes Gnade erworben, es bestehe, worin es
" wolle, darüber werden wir Elteren eine spe-
" cification errichten, auch dieselbe selbst ver-
" wahrlich halten, und obschon einiges, so da-
" rinnen gemeldet, in denen Rechten derer Ge-
" reiden gehalten, so solle doch alldasjenige, so
" unter unser beeden Eheleuten eigener Hand
" specificirlich unterschrieben, als immobilar, oder
" unbewegliche Güter angesehen und gehalten
" werden, damit durch eines, oder andern Ab-
" sterben unserer Elteren denen Kinderen nichts
" verbracht werde."

§. 2.

Obgleich das vorbemelte Bundnüß nach Absterben des Vatters von der Wittiben, dem Peter von H., und Johann Theodor D. am zweyten Nov. 1764 durch einen Vergleich bestättiget, und wiederhohlter vereinbaret worden, daß das Bundnüß in allen einvermelten Punkten seine Rechtskraft haben, und behalten solle; so ist nachgehends jedannoch zwischen denen Tochtermänneren, und der Schwägermutter über die Gültigkeit des Bundnüßes eine Rechtsirrung entstanden, und am achten Sept. 1765 die Urthel bei hiesigem Hof-Rathe dahin ausgefallen, daß das zwischen beeden Eheleuten in Zustand ihrer Kinder am 27 April 1761 errichtete pactum für gültig zu erklären, mithin in Kraft dessen die Beklagtinn das nach Absterben ihres Ehemannes vor-

vorhanden gewesene mobilar Vermögen mediante speciali juramento manifestationis zu specificiren schuldig, die aufgegangenen Proces-Kosten aber gegen einander aufzuheben seyen.

§. 3.

Bei der Vollstrekung dieser Urthel äusserte sich, daß der bereits Verstorbene, und mit vielen Schulden beladene Sohn Theodor S. in Lebzeiten von der Mutter 2012 Rthlr, 31 Stüb, 8 Hlr, so dann eine Schuldforderung von 750 Rthlr. bekommen. Wie nun die übrigen Kinder um die Gleichheit zu machen ihrem verstorbenen Bruder sothanen Empfang anrechnen, und zutheilen wollten, so kame der Curator des wider den verstorbenen Theodor S. erwekten Concurs ins Spiel, und behauptete, daß gleichwie die Mutter ihrem Sohne die Gelder gelehnet hätte, also die diesfalsige Forderung zum Concurs gehörete.

§. 4.

Hiedurch wurde ein neuer Rechtsstreit bei hiesigem Hof-Rathe veranlasset, und nach vollendetem Schriftwechsel am 11 Jenner laufenden Jahrs dahin entschieden, daß um den actum parisicationis zu berichtigen die massa hæreditatis zu ergänzen, mithin beklagte Wittib des defuncti debitoris Mutter wegen der demselben auf seine Erbportion widerrechtlich angerechneten Gelder, qua creditrix ad concursum, um

daselbst

daselbst ihre desfalsige Forderung innerhalb hiemit peremtorie vorbestimmt werdender Frist von sechs Wochen zu liquidiren, und zu justificiren, fort ihr etwa vermeyntlich habendes Vorzugsrecht ein = und auszuführen hinzuverweisen, so dann beklagte Erbgenahmen D. die vi protocolli eingenommenen, und ihnen in Gefolg gnädigsten mandati vom 20 Julius jüngst einsweilig erga cautionem in Händen belassenen obligationes, und Schuldscheine, oder dererselben Werth obruk beyzubringen schuldig, dieselben anbei, wie auch die beklagte Wittib in die aufgegangenen Proces Kosten fällig zu ertheilen, und endlich causæ Commissario fernere gnädigste commissio aufzutragen seye, zu Berichtigung der parification die massam concursus mit den übrigen Erbgenahmen D. respectu der ihrer protocollar Geständnüsse nach, auf ihre Erbportion anticipative erhaltenen Gelder gleich zu stellen, demnach die überbleibenden obligetiones, Handscheine, und Buchschulden in vier gleiche Theilen dergestalt, daß jeder Theil an guten, und nicht guten Forderungen eben viel erhalte, zur partage zu stellen, und darüber salvo matri usufructu das Looß ziehen zu lassen.

§. 5.

Von dieser vier Täge darnach insinuirten Urthel haben Wittib, und Erbgenahmen D. am 22 Jenner revidirt, und am 28 selbigen Monats die Strafgelder erlegt, mithin die Nothfristen richtig beobachtet.

§. 6.

Sodann führen dieselben hauptsächlich darüber Beschwer, daß dasjenige, so der verstorbene Theodor D. voraus empfangen, nicht aufgerechnet, sondern die desfalsige Forderung zum Concurs solle hinverwiesen werden. Darzu seynd dieselben meines Erachtens auch um so befugter, als das obangeführte, am 27 April errichtete Bundnüs zum Grunde der Entscheidung geleget werden mus; immassen eines Theils jene Bundnüssen, wodurch bewegliche Güter zu unbeweglichen gemachet werden, in hiesigem Lande gelten, wie dieses nebst der täglichen Erfahrnüs

VOETS *in Histor. Jur. num.* 254.

bezeuget. Da auch andern Theils der verlebte Theodor D. das Bündnüs durch einen Vergleich bestättiget hat; so seynd dessen Glaubiger, welche bekennten Rechten nach in die Stelle, und Recht ihres Schuldners eintretten, daran ebenfals gebunden. Ueber dies ist das Bundnüs nicht allein durch die am achten Febr. 1765 eröfnete Urthel für gültig erkläret, sondern auch in der beschwerenden Urthel selbsten angenommen; in mehrerm Betrachte, daß ohne das Bundnüs die Gereiden, und Schuldforderungen nach hiesigen Landes-Rechten der hinterlassenen Wittiben zugehöreten, mithin bei deren Lebzeiten in die Theilung unmöglich kommen könnten; cum viventis non sit hereditas.

§. 7.

Mus nun das Bundnus Ziel, und Maaß geben; so ist auch unwidersprechlich, daß die beweglichen Güter, Schuldforderungen, baares Geld, und wie dieselben sonst Namen haben mögen, nicht der Wittiben, sondern denen Kinderen zugehören; immassen selbige zu dem Ende zu unbeweglichen Güteren gemacht worden, damit denen Kinderen nichts solle verbracht werden. Obbemelte Wittib hat demnach ihrem verstorbenen Sohne Theodor die Gelder, und Schuldforderung nicht von dem ihrigen, sondern von dem denen Kinderen zugehörigen Vermögen gegeben, und nur die Nutzniessung nachgelassen, oder auf die von dem gegebenen ihro gebührende Nutzniessung verziehen. Dahero auch festiglich dafür zu halten, und zu schliessen, daß die Mutter dem Sohne die Gelder, und Schuldforderung gleichfals von dem seinigen, oder als einen Theil seiner Erbschaft, und auf Abschlag seines kindlichen Antheils gegeben habe; zumalen dahier eintreffen mus, was in einem ähnlichen Falle

FABER *in Ration. ad L.* 34. *π. de Negot. gest.*

schreibt: De suo mater filium aluisse probatur, quoties bonorum ejus administrationem non habuit, ut in L. 1. L. alimenta 11. C. h. tit. Ast cum habuit administrationem, ut in specie proposita, non a lege, aut a magistratu (nec enim Pauli temporibus mater, aut avia tutrix esse

esse poterat, nisi ex rescripto Principis L. ult. de tut) sed quia impuberis negotia gessit, verosimilius est, eam de re impuberis potius, quam de suo ipsum aluisse.

§. 8.

Von dem Vormunde wird zwar hiewider eingewendet, daß die Mutter ihrem verstorbenen Sohne die Gelder gegen einen Wechselbrief gegeben, sodann der Wittiben G. die Schuldverschreibung zu Sicherheit eines von ihro, und dem Sohne in solidum unterschriebenen Wechselbriefs zugestellet, und verpfändet habe. Alleine als viel den von dem Sohne der Mutter gegebenen Wechselbrief vom ersten May 1764 anlangt, so ist selbiger folgenden Inhalts " Auf jedweiliges " Begehren zahle gegen diesen sola Wechselbrief " an die Order meiner Mutter die Summe von " 1862 Rthlr., 31 Stüber 8 Heller in N. p. " 80 Albus Cöllnisch. Den Werth baar empfan- " gen verspreche richtige Zahlung ". Hiedurch wird meines Erachtens noch mehr bestättiget, daß die Mutter dem Sohne die Gelder aus dem seinigen, und auf Abschlag seines kindlichen Antheils gegeben habe; immassen eines Theils ein Wechsel bis auf Begehren, oder Anverlangung der Zahlung ordentlicher Weise nicht pflegt ausgestellt zu werden. Da auch andern Theils von denen Zinsen keine Erwehnung geschehet; so ist dieses ein klares Kennzeichen der begebenen Nutzniessung. Ueber dies waltet ausser allem Zweifel, daß die

Mutter

Mutter der Nutzniessung Bedingnüsweise, mithin auch unter dem Bedinge, so lange ihro gefällig seyn würde, sich begeben können. Derohalben nach allen Regelen die Auslegung zu machen, daß die Mutter auf die Nutzniessung zu dem Ende nur Bedingnüsweise verziehen habe, um dem Sohne sich mehr zu verbinden, einer steeten Erkenntlichkeit anzuerrinneren, und nöthigen Fals in Schranken halten zu können. Zu geschweigen annoch, daß die Mutter den Wechselbrief in der Absichte genommen haben könne, damit nachgehends kein Zweifel entstehn möge, ob die Gelder geschenket worden seyen; zumahlen in denen Rechten annoch unausgemacht, an donationes simplices collationi subjaceant.

LEYSER *ad π. Vol. VI. Specim.* 410. *medit.* I.

§. 9.

In Betref der Schuldforderung ist von dem Vormunde nicht widersprochen worden, daß der verstorbene Theodor D. bei der Wittiben G. Geld aufgenommen, und dafür eine von der Mutter ihme gegebene, und auf Theodor H. sprechende Schuldforderung von 750 Rthlr. verpfändet habe. Hat nun gleich die Mutter (wie doch bis dahin nicht erwiesen) den von dem Sohne ausgestellten Wechsel mit unterschrieben, und sich gar in solidum verbunden; so ist nichts destoweniger der Sohn der Hauptschuldner geblieben, und dem Vormunde eine ganz fremde, und dritte Sache,

ob,

ob, und in wie weit die Wittib G. des Hauptschuldners Mutter desfals belangen könne. Darin will auch ich also nicht eingehen, sondern nur den oben bereits abgefasten Schlus dahier wiederhohlen, daß nemlich nach denen Regelen der Auslegungskunst nicht anders dafür gehalten werden möge, dann daß die Mutter ihrem Sohne die auf Theodor H. sprechende Schuldforderung auf Abschlag des kindlichen Antheils gegeben, und dabei auf die ihro gebührende Nutzniessung verziehen habe. Anderer Gestalten wäre ja dieselbe darzu um so weniger befugt, als sie vermög des obangeführten Bundnüsses keine Macht, noch Gewalt hatte, die immobilarisirten Sachen zu veräusseren. Wann auch ansonst schon der Uebertrag der Schuldforderung nach der gewöhnlichen Ordnung und Form nicht geschehen; so ist jedannoch genug, daß die Mutter dem Sohne die Schuldforderung um zu verpfänden gegeben, mithin der Sohn mit Bewilligung der Mutter die Schuldforderung würklich verpfändet habe. Ueber dies ist die übertragene Schuldforderung nicht allein gut, sondern auch noch würklich obhanden. Mithin kommt es ja zum nemlichen aus, ob diese Schuldforderung von 750 Rthlr., oder andere 750 Rthlr. dem verstorbenen Theodor D. angetheilet werden; zumalen nicht die übrigen Kinder, sondern allenfals des verstorbenen Theodor D. Glaubigere mit ihrer Mitglaubigerinne Wittiben G. auszumachen haben, ob, und in wie weit letzgemelter Wittiben G. in Ansehung der geschehenen Verpfändung das Vorzugs-Recht zukomme.

§. 10.

§. 10.

Vielleichte dörfte jemand sich beigehen, oder einfallen lassen, daß die Mutter die ihrem verstorbenen Sohne gegebenen Gelder, wie auch die auf Theodor H. sprechende Schuldforderung in ihrem Wittibstande gewonnen, und erworben hätte. Alleine dergleichen Gedanken seynd um so irrender, als eines Theils die Mutter eidlich angegeben, daß die von ihro dem Sohne gegebenen 2012 Rthlr., 31 Stbr., 8 Heller, wie auch die auf Theodor H. sprechende Schuldforderung von 750 Rthlr. unter den immobilarisirten Sachen gehören. Dahero auch dieser eidlichen Aussage so lange Glauben beizulegen, bis daran der Vormund die Mutter eines Meineides wird überführet haben. Gleichwie auch andern Theils das sämmtliche Vermögen, nemlich die unbeweglichen sowohl, als unbeweglich gemachten Güter ausweis des abgehaltenen Protocols sich nur zu 14640 Rthlr. betragen; also macht die Rechnung sich von selbsten, daß die Mutter in zwei bis drei Jahren Zeit aus der Nutzniessung so viele Gelder, als sie ihrem verstorbenen Sohne gegeben, unmöglich erspahren, und auflegen können; anerwogen die Nutzniessung höchstens, und zu fünf vom hundert gerechnet jährlichs zu 730 Rthlr. anzuschlagen ist.

§. 11.

Es mag auch nichts zur Sache beitragen, wann ferner eingewendet werden will, quod quasi

blu-

usufructu ita tradantur res fungibiles, ut dominio earum in accipientem translato, non eædem in specie, sed in genere, seu res similes ejusdem quantitatis, & qualitatis restituantur, aut earum æstimatio, quæ fuit tempore usufructus acquisiti.

VOET *ad π. Lib. VII. tit.* 5. *num.* 1.

Ich will nicht einmahl anregen, daß die Mutter bis auf die heutige Stunde jene Sicherheit nicht geleistet, noch gestellet habe, wovon

GAIL *Lib. II. Obs.* 46. *num.* 3.

schreibt: In iis rebus cautio est de substantia usufructus *Dec. Cons.* 595. *num. num.* 1. *incip. clarissima videtur* Roland. *D. Cons.* 92. *num.* 8. Itaque non acquiritur earum rerum usufructus, nisi prius præstita cautione de reddenda re in eadem qualitate: debet cavere usufructuarius respectu harum rerum, quæ non consumuntur, se restiturum finito usufructu tantam pecuniam, quanti illæ res fuerint æstimatæ. Imgleichen will ich nicht berühren, daß baare Gelder von dem Eigenthümer selbsten renthbar angelegt, und dem Nutznießer die Zinsen angewiesen werden können; sondern ich will sogar zugeben, daß die Mutter als Eigenthümerin die Gelder zu veräusseren, und darüber zu verordnen bemächtiget seye. Ja in diesem Falle hat dieselbe ihrem Sohne die Gelder geben, und die Schuldforderung übertragen können. Alleine: was solle daraus weiter folgen? Unverneinlich ist, daß der ver=

verstorbene Theodor D. dasjenige, so er von der Mutter bekommen, wiedergeben, oder ersetzen müsse; zumalen die Mutter, wann sie auch gewolt, ihrem Sohne von den immobilarisirten Sachen zum Nachtheile der übrigen Kinder nicht das mindeste hat schenken, noch zuwenden können. Unverneinlich ist ferner, daß, gleichwie nicht allein mit Bewilligung der Mutter, sondern auch sogar zufolg der beschwerenden Urthel selbsten das ganze Vermögen, die unbeweglichen, und unbeweglich gemachten Güter unter denen Kinderen vertheilet werden sollen; also eine Theilung der mütterlichen sowohl, als auch der vätterlichen Erbschaft geschehe, immassen all dasjenige, so der noch lebenden Mutter zugehöret, schon würklich in die Theilung kommt, und die Mutter von dem ihrigen nichts, dann nur die Nutzniessung behält. Dahero der Theodor D., und um so mehr dessen Glaubigere, quibus hujusmodi actionum vindicandi, & in personam ejus, qui aliquando jurium futurus sit dominus, actiones instituendi, sive præsens debitor est, sive non, & (ut simpliciter dicamus) quod ad actionem, & vindicationem rerum consistendi in persona ejus, qui ita fuerit obnoxius, licentia sit.

NOVELLA *CXXXV. Cap.* I. *L.* 15. *Cod. de non numerat, pecun.*

all dasjenige, was voraus empfangen worden, ersetzen, oder einwerfen müssen, solches mag geliehen, oder auf eine andere Art gegeben seyn; angesehen nicht nur aus den gemeinen Rechten

bekennt,

bekennt, toties locum habere collationem, quoties aliquo incommodo afficitur is, qui collationem petit interventu ejus, qui vult cum illo ſuccedere, & a quo collatio petitur *L.* 1. §. *pater filium*, & *ſeqq.* & *L. ſi filius in fine ff. de collat. bonor. Pr. in L.* 1. §. *ſi ſit nepos ff. de collat. dot. Modeſt. Piſtor. D. Conſil.* 23. *num.* 27. *ibi, toties enim locum habet lib.* 2. alias male ageretur cum reliquis, quod propter diſſipationem fratris, vel ſororis incommodum aliquod, & diminutionem ſuæ portionis hæreditariæ pati cogerentur, cum alteri per alterum non debeat inferri iniqua conditio.

BERLICH *Part. II. Decis.* 247. *num.* 19. & 20.

ſondern auch in hieſiger Landes-Ordnung

CAP. XCIII. §. Und iſt hiebey. ꝛc.

ausdrücklich verſehen " Wan eins von den Kin" deren in ſeinem Beſtädtnus, oder ſonſt voraus " etwas empfangen, und doch auf die elterliche " Güter nicht verziehen hätte, oder als ein ver" ziehen Kind nicht ausgeſtadt wäre: in dieſem " Fall ſoll dasjenige, ſo vorhin empfangen, wie" derum, ehe zu der Erbtheilung geſchritten, ein" gebracht, und beygelegt werden.

§. 12.

Hat demnach gleich derer Revidenten Sachwalter dahin geſchrieben, daß wann die Gelder als

als ein Darlehn vorgestrecket worden, alsdan die Theilung geänderet, und die Mutter ad concursum hinverwiesen werden müste; so hätte der Unterrichter jedoch diesem nicht nachfolgen, sondern vielmehr beobachten sollen, was

MORNACIUS *in Observat. ad Cod. Lib. II. Tit. II.*

anmerkt: " Si in quæstione juris advocatus
" (quod raro occurrit) seu dicendo, seu scri-
" bendo tanta imperitia dissertet, ut quasi
" scissa veste nudatum causæ corpus exhibeat,
" in quo equidem comperta culpa est, & fre-
" quentior literionum, qui formularii cum
" sint, scribunt ipsi seu appellationis causas,
" seu responsiones, at vero etiam contradic-
" tiones forenses, quibus per gravitatem ne-
" gotii, quæstionesque ex schola jurisconsul-
" torum difficillimas, & arduas, ne patroni
" quidem eruditissimi pares plus satis se se
" præstituri sint. Unde comminatur pene sem-
" per de more ordo amplissimus, fit enim
" ex eo, ut fraudatis spe sua litigatoribus, qui
" mittunt ingentem pecuniarum vim ad expli-
" candas a patronis lites, reperiant judices ceu
" deserta, & inhospita tesqua, rus inaratum,
" scripta nempe, de quibus dici possit: *Sam-
" bucam citius caloni aptaveris alto.* Aut etiam
" monstrum Horatianum, statim ab ingressu
" artis poëticæ. Supplendum igitur necessario
" eo casu a judicibus, quod intactum reliquit
" non advocatus, sed literio aliquis, quem &

" damnaverint lubentissime procuratores pleri-
" que optimi ; Zumalen der Sachwalter noch würklich der nemlichen Entschuldigung sich bedienen kan, welche

LEYSER *ad π. Vol. X. specim.* 645. *med.* 15.

vormals einem andern mit folgenden an Hand gegeben: potuisset, & debuisset se *lege* 2. *de juris, & facti ig.* tueri, in qua Neratius: *Facti* (ait) *interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit.* Quæ verba vulgo non explicantur satis. Interpretes fere omnes vocem: *Interpretatio* pro *scientia* accipiunt, id quod cum nativa ejus significatione pugnat; interpretatio hic est interpretatio, scilicet juris ad factum applicatio, quemadmodum in *L.* 11. *de legibus* &c. accipitur, atque hæc utique difficillima est; igitur juridicus ille non ignoravit jus, sed saltem perperam applicavit. Diesem kommt annoch hinzu, daß der Sachwalter nur den beeden Töchtermänneren bei dahiesigem Hof-Rathe bedienet gewesen. Dahero dessen Fehler der Mutter auf keinerlei Weiß zum Nachtheile gereichen mag.

§. 13.

Wann übrigens schon der Miterb Peter von H. die von der Mutter dem verstorbenen Sohne gegebene Schuldforderung von 750 Rthlr. in Zuschlag legen lassen; so folget daraus jedoch nicht, daß die Schuldforderung dem Sohne nicht seye übertragen worden. Vielmehr solle ich das gera-

de Gegentheil darum behaupten, weilen der Zuschlag nicht einmal hätte nachgesucht werden mögen, fals die Schuldforderung nicht übertragen gewesen wäre; in mehrerm Betrachte, daß alsdan die Erbgenahmen die Schuldforderung als eine zur Erbschaft gehörige Sache sich von selbsten hätten zueignen können. Anbei könnte der Peter von H. den Zuschlag mit so grösserm Rechte nachsuchen, je weniger selbigem damals bekennt ware, wie hoch die Erbschaft sich betrage, und wie viel der verstorbene Miterb bereits empfangen hätte. Deme seye indessen, wie ihme wolle. Genug, daß bei der vorzunehmenden Theilung ein jeder dasjenige einbringen, und einwerfen müsse, was er vorhin bekommen hat.

§. 14.

Solchemnach liegt dan das denen Revidenten zugefügte Beschwer um so klarer zu Tage, als dieselben noch anbei in alle Kosten fällig ertheilt worden.

§. 15.

Wannenhero zu sprechen, daß Revisio wohl gebetten, die Strafgelder wieder zu geben, und die bei hiesigem Hof-Rathe eröfnete Urthel dahin zu reformiren, daß die von der mitrevidirenden Mutter ihrem verlebten Sohne Theodor D. Zeit Lebens gegebenen Gelder, und ausgehändigte auf Theodor H. sprechende Schuldforderung ermeltem

Theodor D. auf dessen Erbtheile anzurechnen, mithin die Revidenten von dieserthalben von dem Curatore concursus gemachten Ansprache frei zu sprechen, inzwischen die aufgegangenen Kosten gegeneinander aufzuheben seyen.

XIV.

Von Restitutione in integrum brevi manu.

§. 1.

Auf Anrufen der Maria Anna, und Francisca Freyfräulein von M., sodann des Freyherrn von D. Namens seiner Kinder ist die gebettene Revisio prævia depositione mulctæ am 29. April laufenden Jahrs zwar erkennt; die Strafgelder aber nicht erlegt, sondern am siebenten Junius angezeigt worden, daß der Anwald allererst am vierten Junius von der erkennten Revision Nachricht erhalten, welches derselbe mit einem Eide bekräftigen, und zugleich hinzufügen könnte, daß er auf dem Resolutions Zeddel nichts gelesen, und auf öfteres Anfragen von causæ Secretario die Antwort bekommen habe, noch nichts resolvirt zu seyn. Bitteten dahero prævia restitutione in integrum die Strafgelder annehmen zu lassen.

§. 2.

§. 2.

Dieser Bitte mus in Betref des Freyherrn von D. um so mehr willfahret werden, als die Sache nicht denselben, sondern dessen Kinderen eigen, und diese bekennter massen minderjährig, mithin die Herstellung in den vorigen Stand in allen Fällen zu begehren berechtiget seynd.

§. 3.

Bei solchen Umständen finde ich auch in Ansehung der beeden Freyfräulein Maria Anna, und Francisca von M. keinen grossen Anstand, besonders wann dieselben mit einem Eide wahrbehalten könnten, daß sie von ihrem Anwalde allererst am vierten Junius Nachricht von der erkennten Revision erhalten hätten; immassen eines Theils

BOEHMER *ad X. Lib. I. Tit.* 38. §. 48.

bewähret: Si dicendum, quod res est, existimarem hodie regulariter restitutioni locum dandum esse; quamvis enim objiciant, dominum a procuratore suo, solvendo existente, indemnem servandum esse; plerumque tamen regressus hic frustraneus est, cum moraliter impossibile sit, interesse suum contra procuratorem docere, ob dubium, & incertum litis eventum, ex quo semper parata est procuratori exceptio, scilicet incertum fuisse, utrum principalis victoriam reportare potuisset, si vel maxime procurator

curator fatalia haud neglexisset. Andern Theils auch der Freyherr

VON CRAMER *Obſerv. Tom. I. Obſerv.* 343.

bezeuget, Si vero non generaliter prorogatio petita, nec quatenus opus, concessa, mora procuratori imputanda, ſicque cum parti nocere nequeat, pro reſtitutione in integrum ſupplicandum.

§. 4.

Jedoch da es darauf, ob die den freyherrlichen Erbgenahmen von R. zuerkennte Forderung aus dem Capital zu B. hergenommen werden könne, ankommt, mithin die Sache keine Theilung, oder Zergliederung leidet, alſo daß derer Minderjährigen von D. Antheil von dem Antheile derer Freyfräuleinen von M. nicht abzuſonderen ſeye, ſo erachte ich den von ermelten Freyfräuleinen ſonſt zu ſchwörenden Eid nicht einmahl nöthig.

§. 5.

Wannenhero zu ſprechen, daß prævia reſtitutione in integrum brevi manu zu Erlegung derer Strafgelder eine vierzehntägige Friſt vorzubeſtimmen, ſodan der Anwald ſeiner Nachläßigkeit halber in drei Goldgülden fällig zu ertheilen.

XV.

Von verabredetem Vergleiche

§. 1.

Am 26 Jenner 1762 ist bei hiesigem Hof-Rathe geurtheilt worden, daß beklagter Schulteiß K. die Halbschied des Guts zu H. dem Kläger Johann Wilhelm O., und dessen Geschwisteren erga restitutionem restituendorum cum perceptis von Zeit, da er beklagter zu dessen Besitze gelanget, einzuraumen gehalten, und obbemelte Kläger bei der strittigen Halbschied ex interdicto quorum bonorum in possessorio salvo petitorio zu handhaben, fort Beklagter in alle diesertwegen aufgegangenen Kosten fällig zu ertheilen seye.

§. 2.

Von dieser Urthel hat der Beklagte zwar anhero revidirt, dahingegen aber den Ausspruch nicht abgewartet, sondern am 23 Febr. 1763 mit dem Johann Wilhelm O. sich dahin vergliechen, daß er Schulteiß K. denen Geschwisteren O. die Halbschied aller zu dem strittigen Gut gehörigen Gründen, Waldungen, Ländereyen, und sonsten so, wie er selbige im Jahre 1747 überkommen, jedoch ausschlieslich das in seinem Wassergraben gelegenen Guts zu L. frey, und unbeschwert abtretten, mithin die Geschwistern O. diesjährige halbe Landpfächte samt dem halben Genusse derer

Wal-

Waldungen frei ziehen, dahingegen künftigen Remigii dem Schulteiß K. 550 Reichsthaler zu D. auszahlen, wie auch das Gut zu L. samt denen Gebäuden, so wie es in seinen Wassergraben gelegen, überlassen, und auf die percepta, welche der Schulteiß K. bis dahin aus dem strittigen Gute gezogen, fort vorgebentliche deteriorationes, und was sie sonst von wegen des Guts forderen könnten, oder mögten, verziehen, desgleichen der Schulteiß K. auf alle Ansprüche, welche er Namens seiner Schwägermutter, und Schwäger wegen der in dem Theilzeddel ausbedungenen 400 Gulden samt denen Zinsen, wegen geschehener Befriedigung derer Erbgenahmen M., wegen der denen Canonicis Regularibus zu N. ausbezahlten Dotalgelder, wegen der verfügten Besserungen, fort sonsten auf einerley Weise machen könnte, verziehen, und endlich der Johann Wilhelm O. innerhalb 14 Tagen die Genehmung dieses Vergleichs von allen seinen Geschwisteren bei Verpfändung seiner Güter beibringen solle.

§. 3.

Demnach zeigte nicht allein der Schulteiß K. den Vorgang des Vergleichs am 25 Febr. 1763 dahier an, sondern der Johann Wilhelm O., und dessen Geschwistere begehrten auch am 12 Sept. des nemlichen Jahrs, dem Vogte zu D. aufzutragen, daß er gegen baare Erlegung der verglichenen 550 Reichsthaler den Schulteiß K. zu vollständiger Erfüllung des Vergleichs anhalten

ten, und sie zu der Halbschied des Guts verhelfen solle. Als nun dieser Bitte willfahret wurde; so stellte der Schulteiß K. dahier vor, daß über den Vergleich Streit entstanden, und also die Sache zu hiesigem Hof-Rathe gehörig seye.

§. 4.

Darauf wurde auch die Sache zum Hof-Rathe verwiesen, und daselbst am 16 April 1766 gesprochen, daß beklagter Schulteiß K. zu Erfüllung des am 23 Febr. 1763 geschlossenen Vergleichs anzuweisen, und in dessen gefolg das halbe Gut cum perceptis a die factæ depositionis der verglichenen 550 Reichsthaler denen Klägeren des gethanenen Einwendens ungehindert abzutretten schuldig zu erklären, anbei in alle dieserthalben aufgegangenen Kosten fällig zu ertheilen seye.

§. 5.

Von dieser am 22 April 1766 insinuirten Urthel hat der Beklagte am 30 selbigen Monats appellirt, und am 26 May die Berufung dahier eingeführt, sodann am 16 Jenner laufenden Jahrs revisionem erga factam inscriptionem bonorum erhalten, mithin die Nothfristen richtig beobachtet.

§. 6.

In der Hauptsache bestrebet derselbe sich vor allem darzuthun, daß der Vergleich kein vollkommener Vergleich, sondern eine blosse Vorhandlung

seye.

seye. Wer nur einiger massen weiß, was zu einem vollkommenen Vergleiche erforderet wird, kan an der Vollkommenheit des am 23 Febr. 1763 geschlossenen Vergleichs um so weniger zweifelen, als der Vergleich nebst denen Parthien zugleich von dem erbettenen Mitteler unterschrieben worden. Zudeme hat der Revident am 25 Febr. des nemlichen Jahrs dahier angezeigt, daß untergebene Sache verglichen wäre, wie solches pars adversa nicht bestreiten würde. Mithin hat derselbe ja sogar gerichtlich eingestanden, daß der Vergleich zu seiner Würklichkeit, und Vollkommenheit gediehen seye. Ueber dies belehret auch

LEYSER *ad π. Vol. I. spec.* 39. *med.* 6.

A tractatibus, seu præfationibus contractuum differunt pacta præparatoria, seu pacta de contrahendo consensu perfecta. Hæc etsi illis adhuc quid desit, ut contractus in sensu juris Romani dici nequeant, propter vim tamen pactis omnibus additam obligant hodie, actionemque producunt. In dessen Gefolg wäre die behauptet werden wollende Verhandlung so gar verbindlich; immassen die Bedingnüssen des Vergleichs ausführlich entworfen, und mit beederseitiger Bewilligung völlig bestimmet worden.

§. 7.

Ohne ist zwar nicht, daß die Geschwistere O. den Vergleich am 28 Febr., und vierten Mertz 1763 mit folgender Bedingnüsse genehmet, und unter-

unterzeichnet haben "Wann uns solcher Gestal-
" ten das halbe Gut Vergleichsmäßig ganz frei,
" und frank binnen sechs Wochen Zeit eingerau-
" met wird; so wollen wir an den Vergleich ewig,
" und unwiderruflich gebunden seyn, auch solchen
" an unserer Seite mit Zahlung der stipulirten
" Pfenningen in termino erfüllen, sonsten, und
" bei der von Seite Herrn Schulteiß K. nicht
" vorgehenden frei, und franken Ueberlieferung
" des halben Guts, wie in dem Vergleiche ge-
" meldet worden, auf unserm Proces, und vol-
" lem Rechte bestehen ". Damit kan aber die Vollkommenheit des Vergleichs um so weniger bestritten werden, als eines Theils die Bedingnüs nur überflüßig ware; in mehrerem Betracht, daß die Geschwistere D., bevorne sie ihrer Seits den Vergleich erfüllet, den Revidenten zur Erfüllung nicht anhalten konnten, nach der geschehenen Erfüllung aber der Revident ohne die Bedingnüs den Vergleich seiner Seits ebenfals erfüllen muste. Andern Theils seynd auch die Geschwistere D. von dem Vergleiche wegen nicht erfüllter Bedingnüsse nicht abgegangen, mithin dahier eintreflich, was

MEVIUS *Part. V. Dec.* 119.

schreibt: At non audiendus statim, si arguat perfidiam adversarii, ideoque resuscitare velit, quod antea transigendo sopitum est. Nemini de illo tanquam in propria causa judicium est, nec etiam privatæ autoritatis a transactis resilire, sed ad judicialem cognitionem pertinet, de eo statuere. Zugeschweigen annoch, daß die

Ge-

Geschwistere O. den Vergleich am 29 August, und zweiten Sept. 1763 von neuem ohne einige Bedingnüs bestättiget, und unterschrieben haben.

§. 8.

Wann der Revident jetz angeführte zweite Unterschrift der Elisabeth O., und deren Ehemanns Johann R. in Zweifel ziehen will; so zeigt er recht, daß er am vollen Mittage das Sonnenlicht zu laugnen sich nicht entblöde; anerwogen der Notarius N. die in seiner Gegenwart von der Elisabeth O., und Johann R. geschehene Unterschrift des Vergleichs, sodann Burgermeister, und Rath der Stadt M. beurkunden, daß der Hubert N. ein rechtmäßiger Notarius, mithin dessen Urkunden vollkommener Glaube beizumessen seye. Der Revident mus dahero entweder die Richtigkeit der Unterschrift nachgeben, oder den Beweis übernehmen, daß von dem Notarius N. eine falsche Urkund seye ausgefertiget worden. Daran hat derselbe aber bis dahin nicht einmahl gedacht, und darum an sich erfüllet: Ubi desinit justitia, ibi incipit calumnia.

§. 9.

Zu Entkräftung des Vergleichs mag auch nicht gereichen, daß die 550 Reichsthaler nicht nach Vorschrift des Vergleichs um Remigii, sondern allererst am 10 Oct. 1763 erlegt worden seyen; gestalten dieser Zeitraum darum keine Obacht verdienet, weilen der Vergleich nicht enthaltet, daß

daß am Rémigii Tage, sondern um Remigii, das ist, entweder einige Täge vor, oder nach dem ersten October die Zahlung geschehen solle. Nebst deme hat der obbelobte

LEYSER *ad* π. *Vol. I. Spec.* 46. *med.* 5.

schon bemerket: Inter communes, & pervulgatos errores illum merito numeres, quo non imperiti solum homines, sed advocati etiam nonnulli sibi persuadent, in casu, quo unus transigentium promissa eo, quo conventum est, tempore non implevit, alterum quoque a fide data liberatum, nec amplius ad transactionem servandam obligatum esse. Adest quidem, quæ huic opinioni quodammodo favere videtur, *lex* 14 *C. de Transactionibus.* Sed si eam recte inspexeris, apparebit, Imperatoribus sermonem ibi esse de casu, quo uterque transigens mutuo consensu a transactione recedit. At cum alter voluntatem suam de rescindenda transactione non declaravit, sed saltem promissis suis justo tempore non stetit, aut alio modo transactioni contravenit, alter tamen data a se propterea non repetere, nec litem compositam instaurare, nec transactionem rescindere, sed saltem, ut alter ex sua quoque parte fidem servet, & quia id debite non fecit, interesse præstet, agere potest. Will der Revident also die Aufhebung des Vergleichs behaupten; so liegt ihme den Beweis ob, daß mit beederseitiger Bewilligung davon seye abgegangen, und abgelassen worden.

§. 10.

§. 10.

Des Endes führet der Revident einige von derer Revisorum Sachwalter geschriebenen Briefen an, wovon der erste vom achten Mertz 1763 enthaltet, daß bei Entstehung der Abtheilung die Geschwistere O. viel lieber ihren Proces fortsetzen, als zur Erfüllung des Vergleichs einen neuen anheben wollten. Was für eine Folge der Revident hieraus ziehen wolle, kan ich in der That nicht ermessen. Hätte der Sachwalter gleich den Brief aus Vollmacht, und mit Vorwissen derer Revisorum geschrieben; so wäre die Erklärung jedoch nur bedinglich, mithin nach Ablaufe der ausbedungenen Zeit bei nicht erfolgter Abtheilung eine nähere Aeusserung erforderlich gewesen. Nach obangeführten Grundsätzen stunde auch in derer Revisorum Macht, und Willkühr nicht einmahl, den Vergleich einseitig aufzuheben. Anbei hat der Revident den Vortrag des Sachwalters nicht angenommen, sondern vielmehr am 13 Mertz zuruckgeschrieben, daß er seine Ehre durch den gethätigten Vergleich, oder dawider machende Einreden zu verliehren nicht gesinnet wäre.

§. 11.

Bey dieser Gesinnung ist auch der Revident verblieben, als derer Revisorum Sachwalter ihme am dritten Junius näher zugeschrieben " Euer " Hochedelgebohrnen werden sich hierunter hof" fentlich um so mehr bescheiden, und fügen, als " die Geschwistere O. non nisi isto prævio den

" Vergleich vergenehmen wollen, und mir am 31
" elapsi die positive schriftliche Aeusserung gege-
" ben haben, wann sie zur würklichen Abtheilung,
" und zum Ende des angefangenen Wesens nicht
" baldest kommen würden, daß sie alsdann selbst
" sich, so gut sie könnten, helfen, und ihren Pro-
" ceß poussiren wollten, es mögte ausschlagen,
" wie es wolle „. Darauf hat nemlich der Re-
vident am siebenten des nemlichen Monats geant-
wortet, daß wann die Geschwistere D. den Ver-
gleich nicht genehmen wollten, er solches gewär-
tigen müste. Mithin ist mit beeden Händen zu
greifen, daß der Vergleich nicht würklich aufge-
hoben worden; zumalen derer Revisorum Sach-
walter nur vorgesagt, und gleichsam gedrohet,
was erfolgen sollte, fals die Abtheilung nicht
balde geschehen würde.

§. 12.

Eine gleiche Bewanntnüß hat es mit dem
von derer Revisorum Sachwalter am siebenten
August erlassenen Schreiben. Zu dessen Beweise
ist ein mehreres nicht erforderlich, als die eigenen
Worte anzuführen, welche also lauten " Ich er-
" warte eine Entschliessung über die Theilung,
" nach derer Vorgang um Remigii die Gelder
" folgen sollen. Sonsten erkläre, daß man dieser
" Seits an dem Vergleich nicht gebunden seyn
" wolle „. Setzet man diesem annoch des Revi-
denten Antwort hinzu, welche des Innhalts ist
" Zum andern bin ich der Meynung, daß aller Bil-
" ligkeit

" ligkeit nach die bederseitige Erfüllung des Ver-
" gleichs ſuno actu, & tractu geschehen müsse.
" Wann nun dieses, und was Eingangs gemel-
" det, bey Euer Hochedelgebohren nicht Platz
" greifig; so will hertzhaft abwarten, was sie,
" und ihre Clienten wegen des Vergleichs zu
" meinem Verdrusse vorzukehren vermeynen wol-
" len „; so wird kein halbvernünftiger sich ein-
fallen lassen, daß durch den bis dahin angeführ-
ten Briefwechsel der Vergleich würklich aufgeho-
ben worden, besonders wo alle, und jede Briefen
von der in die Zukunft erfolgen dörfenden Aufhe-
bung des Vergleichs nur bedingliche Anregung
thuen.

§. 13.

Von mehrerm Gewichte scheinet zwar das am 20 Oct. 1763 ausgefertigte Zeugnüß zu seyn, worinnen gemeldet wird, quod inter eum (videlicet præsentem revidentem, & dominum advocatum S. circa finem mensis Augusti nuperrime elapsi sequentia in præsentia nostra contigerint. Nimirum Domino Advocato S. dominum præfectum roganti, utrum in divisionem boni H. consentire vellet? Dominus præfectus respondebat: Domine collega accepto declarationem a vobis in literis factam, & transactioni renuncio ex ratione, quod instrumentum transactionis in hunc usque diem mihi redditum non sit. Responsione audita dominus Advocatus S. renunciationem domini præfecti similiter acceptabat, & nos alloquens rogabat:

Do-

Domini satis mihi de hac re testes, quod dominus præfectus transactioni renunciet. Alleine um den Vergleich gültig aufheben, oder die Abweichung von dem Vergleiche annehmen zu können ware eine besondere Vollmacht nöthig; zumalen die Aufhebung des Vergleichs in denen Rechten eine ganz verhaste Sache ist. Da nun die Revisi ihrem Sachwalter die erforderliche besondere Vollmacht ertheilt zu haben ausdrücklich verabreden, so mus denenselben darin um so mehr geglaubet werden, als sie obangeführter massen am 29 August, und zweyten Sept. 1763 den Vergleich ohne die allermindeste Vorbedingung unteeschrieben, und dadurch sattsam erkläret haben, daß sie ihres Orts der Gesinnung ihres Sachwalters nicht beypflichten wollen.

§. 14.

Zwar will der Revident durch ein von derer Revisorum Sachwalter auszuschwörendes juramentum respondendorum erweisen, daß nicht allein der Sachwalter nach willkühre in der Sache zu schalten, und zu walten vollkommene Macht, und Gewalt gehabt, sondern auch die Geschwistern D. sich den Vorschlag gefallen lassen, den Proceß fortzusetzen, wann die Theilung vor der Zahlungsfriste nicht geschehen würde. Derselbe mus aber nicht wissen, daß ein juramentum respondendorum dem Gegentheile, und nicht dem Sachwalter aufzutragen seye. Gesetzt auch, daß der Sachwalter das Angeben bejahete; so folgte daraus jedoch noch lange nicht, daß dem Sach-

walter die nöthige besondere Vollmacht ertheilet worden, den Vergleich aufzuheben, oder die Abweichung von dem Vergleiche anzunehmen; zumalen die Genehmnung des Vorschlags die besondere Vollmacht nicht auswürket, noch die Revisos dergestalten bindet, daß denenselben benommen seye, von dem genehmten Vorschlage abzulassen, und bey dem Vergleiche zu beharren. Ja hätte derer Revisorum Sachwalter sogar würklich eingestanden, daß die erforderliche Vollmacht zu Aufhebung des Vergleichs ihme ertheilet worden; so wäre jedannoch nur ein halber Beweis obhanden, mithin bei obwaltendem Zweifel für den Vergleich um so mehr zu sprechen, je klärlicher sich gleich ergeben wird, daß die Aufhebung des Vergleichs eine schädliche Vermehrung, und Erbreiterung des Proceßes nach sich ziehen würde. Dahero aller Dingen von dem Richter zu beobachten, was

LEYSER *cit. spec.* 46. *med.* 3.

anräth: Quodsi enim animadvertat, rescissa transactione, litem sopitam resuscitatum iri, magnamque ejus impensam, & incertum tamen eventum futurum, transactionem potius conservare, quam sublata illa, aditum ad dubium, sumtuosumque certamen aperire debet.

§. 15.

Solchemnach ist annoch die vorgeschützte Verletzung über die Halbschied zu untersuchen, und zu erörteren. Der Revident hat desfals verschiedene

dene Rechnungen übergeben, und daraus den Schluß gezogen, daß die Revisi ihme 3237 Reichsthaler schuldig seyen. Immittels aber fehlet es vor allem an der gehörigen Rechtfertigung, welche noch viele Zeit, und Beweis erforderen würde, fals selbige noch vor sich gehen solte. Zum andern hat der Revident in die erste Rechnung die denen Canonicis Regularibus zu N. zahlten 1600 Reichsthaler sammt fünfzehnjährigen Zinsen zur Halbschied mit 1400 Reichsthaler, sodann die denen Erbgenahmen M. zahlten 457 Reichsthaler sammt fünfzehnjährigen Zinsen zur Halbschied mit 393 Reichsthaler, und endlich die in dem Theilzeddel ausbedungenen 400 Gulden sammt denen Zinsen zur Halbschied mit 233 Reichsthaler eingeführt. Hat nun derselbe die Beschaffenheit dieser Forderungen, als welche seinem Vorgeben nach lange vor dem Vergleiche abgeführt worden seyn sollen, vor dem Vergleiche gewust, und nichts destoweniger in dem Vergleiche darauf verziehen, oder selbige übernommen; so mus er auch gelten lassen, was mehrerwehnter

LEYSER *cit. spec.* 46. *med.* 7.

schreibt: In Saxonia Electorali, & nonnullis locis expressa etiam lex lata est, qua rescissio transactionis ob læsionem enormem permittitur. Vide *Const. L. Sax.* 34. *P.* 2. Quantumvis autem a recepta hac praxi non facile recedendum sit, eo tamen casu rescissio peti nequit, quandoque uterque transigens de quantitate, & valore rei, de qua transigitur, certior redditus

 nihil-

nihilominus transigit. Ejus enim, quod consulto datur, vel remittitur, repetitio non est. Ferner ware der Revident nach der Urthel vom 26 Jenner 1762 das halbe Gut sammt dem gehabten Genusse abzutretten schuldig. Wird nun der Genus nach des Revidentens eigener Ausrechnung jährlichs zu 120 Reichsthaler, mithin vom Jahre 1748 bis 1762 einschlieslich zu 1800 Reichsthaler angeschlagen, so dann die verglichenen 550 Reichsthaler hinzugesetzet, so ist sogar auf den Fall, da man des Revidentens Ausrechnung von 3237 Reichsthaler für ganz richtig annehmen wollte, eine Verletzung über die Halbschied um so weniger zu finden, als das ganze Binnengut dem Revidenten bei dem Vergleiche überlassen worden.

§. 16.

Um jetzgemachtem Schluße zu entgehen schützt der Revident annoch vor, daß von derer Revisorum Mutter die Nutzniessung ihme durch den Vergleich vom 24 Junius 1747 übertragen, und also der Genus des Guts ihme zugehörig, ja desfals von denen Revisis annoch die Summe von 1200 Reichsthaler zu ersetzen wäre. In der That mus man billig bewunderen, wie der Revident sich so weit herausnehmen dörfe. In dem beigelegten Vergleiche ist von der Nutzniessung nicht die allermindeste Spuhr anzutreffen, sondern dadurch von derer Revisorum Mutter, und Vormunde das halbe Revolutions-Recht, welches sie zu der Verlassenschaft des verstorbenen geistlichen M. haben mög-

mögten, dem Revidenten übertragen. Zudem hat der Revident selbst in seinen vor der Urthel vom 26 Jenner 1762 übergebenen Replicis den Vergleich angefertiget, einer Nichtigkeit beschuldiget, und dabei erkläret, daß er nicht schuldig wäre, dasjenige, was er versprochen, zu halten, besonders wo die Gegnere dasjenige nicht geleistet, was ihrer Seits in dem Vergleiche übernommen worden. Da über dies die am 26 Jenner 1762 eröfnete Urthel den Revident zu Abtrettung des halben Guts sammt dem Genusse schuldig erklärt; so spricht es von selbsten, daß dadurch der Vergleich als ungültig, und unkräftig seye verworfen worden. Zu geschweigen annoch, daß der Revident vor dem letzten Vergleiche von dem ersten genugsame Wissenschaft gehabt, und eben darum über eine Verletzung nicht zu klagen habe.

§. 17.

Eben wenig mag der Revident darüber ein gegründetes Beschwer führen, daß die Vergleichsgelder ihme vorhin nicht anerbotten, sondern sogleich gerichtlich erlegt worden seyen; immassen eines Theils der Revident die Gelder in dem Gerichte, oder Commißion annehmen, und dadurch die gerichtliche Erlegung vermeiden konnte; zumahlen er zu der Erlegung ordentlich abgeladen worden. Andern Theils hat auch der Erfolg gezeigt, daß der Revident den Vergleich nicht zu erfüllen, sondern auf all mögliche Art zu bestreiten, mithin die Gelder zu verweigeren gesinnt gewesen, wann selbige auch ihme drey- und mehrmalen

malen wären angebotten worden. Bey solchen Umständen ist dahero dem Revidenten gar nicht zu wehe geschehen, da er zu Ersetzung des Genusses von dem Tage der Erlegung an schuldig erkennet, und in die aufgegangenen Kosten fällig ertheilet worden.

§. 18.

Wessenthalben zu sprechen, daß Revisio übel gebetten, die Strafgelder einzuziehen, sodann die bey hiesigem Hofrathe eröfnete Urthel zu bestättigen, und endlich der Revident in die dahier aufgegangenen Kosten fällig zu ertheilen seye.

XVI.

Von Handlungs Gesellschaft.

§. 1.

Am ersten Nov. 1760. haben Johann L. und Carl Friederich D. eine Handlungs Gesellschaft errichtet, und dabey vereinbahret, daß Johann L. 2000 Rthlr. ohne Zinnsen herschiessen, der Carl Friederich D. dafür Weine und Taback einkaufen, die Reisen und übrige Bemühungen unentgeldlich verrichten, den Handel auf seinen Nahmen vom ersten Nov. 1760 bis 1766 treiben, und keiner von beeden eher aus der Gesellschaft scheiden, noch zur Theilung schreiten solle.

§. 2.

§. 2.

In dessen Gefolg wurden zwar am fünften Nov. die Gelder, jedoch eigentlich nur 1093. Rthlr. 34 Stbr. ausbezahlt, und damit der gemeinsame Handel angefangen, eine kurze Zeit darnach aber von dem Carl Friederich D. mit dem Carl L. einem Sohne des vorbemelten Johann ein näheres Handlungs-Bündnüs geschlossen, Kraft wessen ein Weinhandel, und was demselben anhängig am ersten Nov. 1760 angefangen, und bis den ersten Nov. 1766 ohne einige Sonderung fortgesetzet, sodann ein Capital von 6000 Rthlr. gegen Zinnsen, und zwar vier vom hundert bey dem Johann L. aufgenommen, von dem Carl Friederich D. Jahr für Jahr ein richtiges Inventarium gefertiget, die Handlung unter der Firma: Carl Friederich D. und Carl L. geführt, der Nutzen von einem jedem gesucht, das Comptoir von Carl Friederich D. versehen, und endlich der Gewinn gleich dem Verlust solle getheilet werden.

§. 3.

Der Tag der darüber ausgefertigten Urkunde so wohl, als auch der Schuldverschreibung, vermög welcher Carl Friederich D. und Carl L. dem Johann L. 6000 Rthlr. jährlich mit vier vom hundert zu verzinnsen versprochen, und sich dafür sammt und sonders unter Verpfändung aller Güter verbunden haben, ist auf den ersten Nov. 1760 gesetzt, ungeachtet die zweyte Vereinbahrung der ersten etliche Monaten nachgefolget, auch

der

der Johann L. die 6000 Rthlr. nicht auf einmahl, sondern 30 Rthlr. 15 Stbr. am 15 Merz 1761 sodann 456 Rthlr. 36 Stbr., wie auch 156 Rthlr. 20 Stbr. am letzten des nemlichen Monats, 1428 Rthlr. 18 Stbr. am neunten, und 1026 Rthlr. 40 Stbr. am 15 April 189 Rthlr. 28 Stbr. am 19 May, 201 Rthlr. 28 Stbr. am 26 des nemlichen Monats, und endlich 607 Rthlr. 21 Stbr. am sechsten Junius 1761 hergegeben, anbey zu Ergänzung der 6000 Rthlr. die in Gefolg der ersten Vereinbahrung am 5 Nov. 1760 ausbezahlten 1903 Rthlr. 34 Stbr. zugesetzt, oder mitgerechnet hat.

§. 4.

Bey der ersten Abrechnung merkte derohalben der Carl Friederich D. an, daß die Zinnsen nicht vom ersten Nov. 1760 sondern von dem Tage, wann das Geld gegeben worden, angerechnet, annebst nach der ersten Vereinbahrung die Halbscheid derer Zinnsen von 2000 Rthlr. ihme müste vergütet, oder nachgelassen werden.

§. 5.

Hierüber geriethe der Johann L. in volle Wuth, zerrisse die Rechnung, schändete, und schmähete gewaltig, ergriffe seinen Stock, und wurfe selbigen dem D. über den Kopf her, also, daß dieser um dem Zorn zu entgehen mit Ruckiassung seines Huts sich aus dem Hause und davon machte.

§. 6.

§. 6.

Dieweilen die Versöhnung so balde nicht erfolgen wollte, so wendete der Carl Friederich D. am 26 Jenner 1762 sich zu dem Unterrichter, zeigte den Vorfall an, und begehrte, daß gleichwie die Cassa, und Bücher in dem Hause des Johann L., und ihme dermahlen zu gefährlich wäre, mit dem Johann L. umzugehen, also entweder die Verabfolgung der Cassa und Bücher dem Johann L. aufgegeben, oder wenigstens alles in Zuschlag mögte gelegt werden.

§. 7.

Nach vollendetem Schriftwechsel fiele die Urthel am zweyten Merz 1762 dahin aus, daß beklagtem Johann L. der Beweis, daß der erste Contract vom ersten Nov. 1760 per posteriorem aufgehoben worden, nicht weniger die Prob, daß die Umstände des Klägers nach dem Vorschusse derer Capitalien sich verschlimmeret, freyzustellen, sodann Beklagter die Cassa und Bücher allenfalls mit Zuziehung eines- oder mehrerer vorzuschlagenden unpartheyischen Kaufleuten offen zu legen, und in Casum, daß die Sachen sich annoch in statu integro befinden, dem Kläger den liberum accessum zu denen Bücheren, und Cassa zu gestatten, mithin Cautionem de non amplius turbando zu leisten schuldig, oder bey dessen Entstehung ein- und anderes einem gleichfalls in Vorschlag zu bringen seyenden wohlgesessenen Kaufmann loco sequestri auszuhändigen, und der

Han-

Handel unter dieses Kaufmanns Mitaufsichte von denen Sociis fortzusetzen, nicht weniger dem Kläger die Beybringung des zweyten Contracts salva re- & irrelevantia aufzugeben, und endlich Beklagter in Betref der eingeklagten Unbilden zu Ausschwörung des juramenti calumniæ prævio malitiæ anzuweisen seye.

§. 8.

Obgleich der Beklagte hievon appellirte, und revidirte, so wurde jedoch die vorige Urthel bey dem Hofrathe am dritten Sept. 1762 und bey dem Geheimrathe am 22 Dec. des nemlichen Jahrs bestättiget, anbey der Appellant mit seinem Gesuche puncto dissolvendæ societatis ad separatum hinverwiesen, und umwillen er den Eid auszuschwören geweigeret, und dadurch die eingeklagten Unbilden eingestanden, in zehn Goldgulden fällig ertheilt.

§. 9.

Solchemnach wurde bey dem Untergerichte am zweyten April 1763 ferner gesprochen, daß der Sohn Carl L. von den sieben ersten Monaten dem Vatter die Zinnsen der zuerst vorgeschossenen 2000 Rthlr. gegen den geniessenden halben Nutzen zu vergüten gehalten, sodann den vorgekommenen Umständen nach der auf sechs beständige Jahren geschlossene Gesellschafts-Handel nunmehro aufzuheben, gleichwohlen aber beede Vatter und Sohn die Cassa und Bücher coram judicio aufzulegen,

und

und über dasjenige, was sie während der Verstossung des Carl Friederich D. entnommen, und empfangen, eine richtige Rechnung zu übergeben, fort ein und anderes ad communem massam zu conferiren, desgleichen alles, was sie gewonnen, allenfalls, wann es erforderet wird, mediante juramento zu manifestiren schuldig, demnach der annoch vorräthige Wein, und sonstige Waaren unter der Aufsichte eines unpartheyischen Kaufmanns auf die best thünlichste Art zu verkaufen, mithin aus denen Pfenningen, und demjenigen, so der D. erhoben, und ebener Gestalten allenfalls prævio juramento einzubringen hätte, vor allem der Johann L. seines Capitals von 6000 Rthlr., und darab nach sieben Monaten des Contracts etwa ruckstehender Zinnsen halber zu befriedigen, demnach der Ueberrest, er bestehe in Geld, oder sonst nicht anzubringenden Waaren zu theilen, jedoch Vatter und Sohn dem D. umwillen derselbe aus der gemeinsamen Handlung vertrungen, und der Handel unzeitig aufgekündet worden, das Damnum emergens, & lucrum cessans prævia specificatione & justificatione zu vergüten schuldig, und ex æquis partibus salvo regressu inter se in alle Kösten fällig zu ertheilen seyen.

§. 10.

Als Vatter und Sohn davon zu dem Hofrathe appellirten, so wurde daselbst am 16. Hornung 1764 zu Recht erkannt, daß die vorige Urthel theils zu bestättigen, theils aber dahin abzuänderen, daß Appellat sowohl, als Appellantischer

scher Carl L. die Zinnsen von denen 6000 Rthlr. a dato des letzteren Contracts abzuführen schuldig, und diese Zinsen beeden æqualiter zu Last zu legen, sodann Appellanten in eine Halbscheid der allenthalben aufgegangenen Kösten fällig zu ertheilen, die andere Halbscheid aber zu vergleichen seye.

§. 11.

Hievon haben Vatter und Sohn anfänglich zu dem kayserlichen!, und des Reichs Cammergerichte appellirt, nach abgeschlagenen Processen aber die Sache bey dem Oberappellationsgerichte eingeführet, woselbst am neunten Nov. 1769 die Hofräthliche Urthel ihres völligen Innhalts bestättiget, sodann die jüngsthin erregten Fragen, nemlich 1) ob der von dem Buchhalter W. gefertigte Status zum Grunde der Berechnung zu legen, 2) worzu Carl Friederich D. dem Carl L. und dieser jenem nach würklich aufgehobenen Contract rucksichtlich auf die noch ausstehenden activ- und passiv Schulden, und 3) die diesertwegen immittels aufgegangenen, und annoch erforderlichen Kösten, wie nicht weniger 4) den der Handlung etwa zugegangenen Schaden verbunden, ferner 5) welcher Gestalten die endliche Berechnung unter beeden vorigen Sociis zu vollziehen, und wie es mit Beylegung der beederseits, und zwar vom D. geständlich erhobenen 565 Rthlr., und derer Zinsen imgleichen, 6) mit dem aus der Bilance des Buchhalters W. ausgeworfenen 1847 Rthlr. 46 Stbr. zu halten, 7) auch wie weit D.

zum

zum Ersatze des Capitals von 6000 Rthlr., in so weit selbiges aus der gemeinsamen Masse nicht getilget werden mag, zu concurriren schuldig seye, dem Hofrathe zur rechtlichen Entscheidung zuzuweisen, von demselben auch 8) die vom D. Act. num. 28 Convol. 3 wegen der Zinsen von dem Capital derer 6000 Rthlr. ratione termini a quo, & ad quem begehrte Auslegung förderist abzuwarten, dahin ferner die von verschiedenen Gläubigeren der vormahligen Handlung übergebenen Klagen zu rechtlicher Verbescheidung abzugeben seyen.

§. 12.

Nachdeme auch diese Urthel in revisorio ihre Bestättigung am 5 April 1770 erhalten hat, so ist bey dem Hofrathe am 17 Sept. 1771 eine fernere Urthel des Innhalts erfolgt, daß 1) der von dem Buchhalter W. gefertigte Status pro constituenda massa zum Grund zu legen, 2) das quantum totale lucri cessantis, & damni emergentis einschließlich der pro primo anno ausgeworfenen 1847 Rthlr. 46 Stbr. ex æquo & bono auf 10000 Rthlr. zu bestimmen, und davon dem Carl Friederich D. eine Halbscheid mit 5000 Rthlr. zuzuerkennen, 3) die activ Forderungen, welche bis zur Verstossung des D. vorhanden gewesen, auf gemeinsame Kösten beyzutreiben, jedoch die beeden L. nemlich Vatter und Sohn zum Ersatze dessen, was davon unbeybringlich, anzuweisen, in Betref dererjenigen activorum aber, welche nach der Verstossung des D. entstanden,

bemel-

bemelter D. von denen Beytreibungs Kosten loszusprechen, sodann von den sub statu beygebrachten Reis-Köſten von 178 Rthlr. nur 50 Rthlr. zu paßiren, und davon dem D. 25 Rthlr. zu Last zu legen, fort quoad passiva, & veras expensas dem L. einen statum specificum cum justificatorialibus intra terminum peremptorium von sechs Wochen zu übergeben, und dem D. sich darüber zu erklären aufzugeben. 4) Die von dem D. erhobenen 565 Rthlr. von dem hieroben zuerkennten lucro cessante abzuziehen, derselbe aber von den desfalls angeforderten Zinsen freyzusprechen, und wegen des etwa mehr erhobenen zur Ausschwörung des juramenti manifestationis anzuweisen, 5) der Carl L. zum Ersatz des Capitals von 6000 Rthlr., es wäre dann, daß derselbe tempore dissolutæ societatis massam hierzu nicht hinlänglich, noch nomina bona vorhanden gewesen zu seyn intra terminum peremptorium von sechs Wochen erweisen würde) anzuweisen, 6) der terminus derer Zinsen von bemeltem Capital derer 6000 Rthlr. a prima Junii 1761 utpote a dato veri contractus festzustellen. 7 Der terminus ad quem auf den ersten Nov. 1766 zu bestimmen, 8) die vorhandenen Creditores ex communi massa salvo sociis regressu inter se zu befriedigen, und endlich 9) Johann, und Carl L. in einen dritten Theil der in hocce puncto liquidationis aufgegangenen Kösten fällig zu ertheilen, die übrigen zwey dritten Theile aber gegeneinander aufzuheben seyen.

§. 13.

Von einigen Theilen vorangeführter, und am fünften Oct. insinuirter Urthel haben Vatter und Sohn am 11 selbigen Monats coram notario & testibus appellirt, die Berufung am vierten Nov. dahier eingeführt, am siebenten selbigen Monats Processus, sodann am fünften Dec. einen vier wochentlichen, und am neunten Jenner 1772 einen vier tägigen Ausstand erhalten, am 11 desselbigen Monats libellum gravaminum übergeben, mithin die Nothfristen richtig beobachtet.

§. 14.

In Betref der Hauptsache vergehen dahingegen die Appellanten sich allzuweit, wann sie dermahlen erweisen wollen, daß die Aufhebung des gemeinschaftlichen Handels nicht durch sie, sondern den Appellat seye veranlasset worden. Desfalls seynd ja bereits rechtskräftige Urthelen vorhanden, mithin keine fernere Untersuchung anzugehen, es seye dann, daß die Appellanten sich des eigenen Rechtsmittels, nemlich der Herstellung in den vorigen Stand bedienten. Auf solchen Fall müsten dieselbe auch bessere Beweisthümer, als sie bis dahin gethan haben, beybringen, immassen die sub Num. 3 4 & 5 beygelegten Briefen von dem Appellat am 26 Jenner, und 19 Hornung 1762 mithin nach geschehener Verstossung, und gerichtlicher Einklage geschrieben, mithin nicht zu verwunderen, wann der Appellat zufälliger Weise gemeldet, daß er ungefehr innerhalb zwo Monaten sich verheyrathen würde, da es sodann zu einer Sönderung vielleichte kommen könnte. Da

der

der Appellat bereits aus der gemeinsamen Handlung verstossen, und die Aussöhnung noch nicht erfolget, sondern es schon zur gerichtlichen Einklage gekommen wäre, so konnte der Appellat mit Grunde vermuthen, daß sein zukünftiger Heyrath leichte eine Sonderung nach sich ziehen dörfte. In der That ist es auch so geschehen, anerwogen der Johann L. besag der am 22 Dec. 1762 in revisorio eröfneten Urthel auf die Aufhebung der gemeinschaftlichen Handlung angetragen, auch ferner bewürket hat, daß die Gesellschaft durch die Urthel vom 2 April 1762 endlich aufgehoben worden. Bey diesem Punct hat man sich derohalben nicht länger aufzuhalten, sondern zu dem andern Punct abzuschreiten, ob nemlich die Appellanten durch die Bestimmung des lucri cessantis beschweret seyen.

§. 15.

Der desfalls von beeden Theilen ausersehene Buchhalter W. hat die Rechnung so angelegt, daß gleichwie mit einem Capital von 6000 Rthlr. in dem ersten Jahre 1847 Rthlr. gewonnen worden, also diese 1800 Rthlr. in dem zweyten Jahr zu Capital gemacht, und folglich mit 7800 Rthlr. im zweyten Jahre 2340 Rthlr., mit 10140 Rthlr. im dritten Jahre 3042 Rthlr., mit 13182 Rthlr., im vierten Jahre 3954 Rthlr. mit 17136 im fünften Jahre 5140 Rthlr., und mit 22276 Rthlr. im sechsten Jahre 6682 Rthlr. hätten erwonnen werden können. Dadurch ist der Hofrath bewogen worden das lucrum cessans auf 10000

Rthlr.

Rthlr. ex æquo & bono zu bestimmen. Hätte derselbe aber den vorherigen Handlungen ein wenig näher nachgesehen, so würde eine solche Bestimmung schwerlich erfolget seyn. Als die dermahligen Appellanten von der bey dem Hofrathe am 16 Hornung 1764 eröfneten Urthel zu dem kayserlichen und des Reichs Cammergerichte appellirten, so erklährte der Appellat bey dem Hofrathe sich folgender Gestalt " Das lucrum cessans, & dam-
" num emergens bestehet noch zur Zeit in einem
" ungewissen quanto. Wann nun erwogen wird,
" daß die subsistenz der beeden Societäts Con-
" tracten in dem vorgeschossenen Capital derer
" 6000 Rthlr. begriffen seye, so ergiebt sich
" von selbsten, daß das lucrum cessans & dam-
" num emergens habito respectu ad sortem sum-
" mam appellabilem nicht constituiren könne.
" Wenigstens ich werde den Ertrag so hoch nicht
" anschlagen „ Deme gemäs truge der Hofräthliche Referent dahin an, daß gleichwie der D. wegen des zuerkennten lucri cessantis, & damni emergentis eine Appellmäßige Summe von 2500 Goldgulden unmöglich forderen könnte, also denen Appellanten aufgegeben werden mögte, von der unstatthafter Berufung abzustehen. Darauf wurde auch von dem Hofrathe am 26 Jenner 1765 denen Appellanten von der Berufung propter obstans privilegium patriæ abzustehen, unter Strafe von 25 Goldgulden aufgegeben, sodann die Processus bey dem Cammergerichte aus der nemlichen Ursache abgeschlagen. Hat also der Appellat selbst das lucrum cessans zu 2500 Goldgulden, oder

3750 Rthlr. nicht anschlagen zu wollen erklährt, hat der Hofrath darnach die weiteren Verfügungen gemacht, und hat das Cammergericht die Processus aus Abgange der Summe abgeschlagen, so ist ja ganz gewis, daß das lucrum cessans unter 3750 Rthlr. bestimmet werden müsse, zumahlen ansonst die Bestimmuug wider des Appellats eigene Erklährung, und die auf die Erklährung sich gründende Verfügungen des Hofraths und Cammergerichts schnur stracks angehen würde.

§. 16.

Eben so ungewis ist dahingegen, wie hoch man das lucrum cessans eigentlich bestimmen solle. Der obenbenennte Buchhalter merkt zwar vernünftig an, daß wann in dem ersten Jahre schon 1847 Rthlr. gewonnen worden, alsdann in den folgenden Jahren zu einem fernern Gewinn um so mehrere Hofnung gewesen wäre, als eines Theils bey Anhebung einer Handlung viele Schwierigkeiten in der Errichtung zu überwinden, viele Kösten im Einkaufen anzuwenden, und die Kundschaften mit merclichem Aufwande aufzusuchen seynd. Und andern Theils der Credit in den folgenden Jahren täglich anzuwachsen, und der Debit stärker zu werden pflegt. Darauf ist gleichwohlen meines Erachtens keine zuverläßige noch sichere Rechnung zu machen; So sehr auch die Hofnung des Gewinns einer Handlung im Anfange anlacht, eben so unbeständig seynd die Gesichtszüge, welche sich nicht selten in Zähren des Verlusts verwandelen. Ich will dahier jene Unglücksfälle

glücksfälle nicht berühren, welche die Kaufleute von Franckfurth in ihrem ertheilten Gutachten angeführet haben, und denen ich noch einige mehrere beyfügen könnte. Für diesmahl begnüge ich mich mit jener Erklährung, welche der Appellat selbst gegeben hat. Deshalben will ich jedoch den Gewinn nicht zu gering, sondern vielmehr nach Abzuge derer Zinsen, und aller Kösten zu 10 vom Hundert anschlagen. Wie demnach 6000 Rthlr. in einem Jahre einen Gewinn von 600 Rthlr. Zinsen, so beträgt der Gewinn in den vereinbahrten sechs Jahren in allem sich zu 3600 Rthlr., wovon die Halbschied dem Appellat zukommt.

§. 17.

Wannenhero meiner unvorgreiflichen Meynung nach die vorige Urthel dahin abzuänderen wäre, daß das zuerkannte lucrum cessans & damnum emergens einschließlich der in dem ersten Jahre gewonnenen 1847 Rthlr. 46 stbr. ex æquo bono auf 3600 Rthlr. zu bestimmen, und davon die Halbscheid mit 1800 Rthlr. dem Appellat zuzuerkennen seye.

§. 18.

Zum andern führen die Appellanten darüber Beschwer, daß der Appellat nicht eben so, wie sie zum Ersatze der durch Verschulden unbeybringlich gewordenen Schuldforderungen seye angewiesen worden. Dieweilen der Appellat gestehet, am 26 Jenner und 19 Hornung 1762

einigen Handlungs Schuldneren zugeschrieben zu haben, daß sie denen Appellanten keine Zahlung verfügen sollten, so folgt daraus unhintertreiblich, daß wann der Appellat jene Forderungen, welche durch sein Verschulden unbeybringlich geworden, gleich denen Appellanten ersetzen müsse, zumahlen er um so weniger nöthig hatte, die Zahlung zu verbieten, als das ansehentliche Vermögen derer Appellanten ihme nicht unbekannt seyn konnte. Darum hat der Appellat sich auch endlich anerbotten, den Ersatz thun zu wollen, wann diejenigen, woran er geschrieben, unzahlbahr geworden seyn sollten.

§. 19.

In dessen Gemäsheit wäre die vorige Urthel ferner dahin abzuänderen, daß der Appellat zum Ersatze der durch sein Verschulden unbeybringlich gewordenen Schuldforderungen anzuweisen, zugleich aber auch denen Appellanten zu dem Beweise der unbeybringlich geworden seyn sollenden Schuldforderungen ein terminus peremptorius von sechs Wochen vorzubestimmen seye.

§. 20.

Zum dritten Beschwer solle denen Appellanten gereichen, daß der Appellat in Betref derer-jenigen activorum, welche nach seiner Verstossung entstanden, von denen Beytreibungs Kösten seye losgesprochen worden. Zu dessen Gründung mögen die Appellanten noch so hoch anrühmen, daß nicht sie, sondern der Appellat die Aufhebung der

gemein-

gemeinschaftlichen Handlung gesucht, und veranlasset habe, so ist jedannoch oben schon ausgeführet worden, daß das Angeben nicht allein in gegenwärtiger Instanz keine statt finden möge, sondern auch einen mehr erheblichen Beweis erfordere.

§. 21.

Weshalben die vorige Urthel in diesem Stucke zu bestättigen.

§. 22.

Viertens seynd die für zwo Reisen in Westphalen eingebrachten 178 Rthlr. nach meiner wenigen Meynung auf 50 Rthlr. darum rechtlich gemäßiget worden, weilen eines Theils die Appellanten die beeden Reisen überhaupts mit 178 Rthlr. ausgeworfen haben, welches dahier um so weniger statt finden mag, als eine Reise im Merz, und die andere im Christmonate 1762 mithin nach der Verstossung des Appellats, und ohne dessen Vorwissen und Bewilligung geschehen seynd. Andern Theils ist auch nicht zu vermuthen, daß einer derer Appellanten die zwo Reisen blos allein gethan haben solle, um einige nicht so beträchtlichen Schulden einzutreiben. Wenigstens pflegen andere Kaufleute die Sachen nicht so einzurichten, noch auf eine so kostbahre Art zu reisen. Wann also die Appellanten nach Kaufmanns Art nicht gehandelt haben, so kan selbiges dem Appellat zum Nachtheile nicht gereichen.

§. 23.

Dahero die vorige Urthel in Betref der gemäßigten Kösten ebenfalls zu bestättigen wäre.

§. 24.

Obgleich fünftens der Appellat nach seiner Verstossung, nemlich am ersten Merz, ersten May, und 15 August 1762 am 28 Jenner 1763 sodann am achten August 1764 aus den gemeinschaftlichen Gelderen 565 Rthlr. erhoben hat, so mögen die Appellanten jedoch davon keine Zinsen forderen. Erstens ware zur Zeit der Verstossung ein Gewinn von 1847 Rthlr. vorhanden, und davon die Halbscheid dem Appellat zugehörig, mithin der Appellat berechtigt, abschlägliche Zahlung zu nehmen, zumahlen er widrigenfalls nicht leben, vielweniger einen so langwierigen und kostbahren Proceß hätte führen können. Zum andern musten die Appellanten auch dasjenige, was sie nach der Verstossung erhoben, oder doch gewis den vorhanden gewesenen Gewinn verzinsen, wann sie von dem Appellat Zinsen forderen wollen. Da über dies in der Hofräthlichen Urthel versehen, daß die von dem Appellat erhobenen 565 Rthlr. von dem zuerkannten lucro cessante abgezogen werden sollen, so muste der Appellat von den angeforderten Zinsen um so mehr frey gesprochen werden, als nicht allein bekennt, quod compensatio ipso jure subintret, sondern auch dem Appellat schon beschwerlich gnug, daß er die Halbscheid

scheid des Gewinns, und zugleich das zuerkannte lucrum cessans so viele Jahren entbehren müsse.

§. 25.

In Betref derer 99 Rthlr., welche der Appellat Nahmens der Gesellschaft von sicherem Caspar W. im Jahre 1764 oder 1765 empfangen haben solle, gestehen die Appellanten nunmehro selbst, die desfalsige Quittung noch zur Zeit nicht beybringen zu können. Ohnehin mus der Appellat nach Vorschrift der vorigen Urthel wegen des etwa mehr erhobenen das juramentum manifestationis ausschwören, und darum die Sache bis dahin auf sich beruhen. Anbey ist nicht erlaubt in der zweyten Instanz solche Puncten zu berühren, welche bey der ersten Instanz nicht seynd einführt worden.

§. 26.

In wessen Betracht also die vorige Urthel zu bestättigen wäre.

§. 27.

Wahr ist sechstens zwar, daß der Appellat mit dem Carl L. bey dem Vatter Johann L. die Summe von 6000 Rthlr. aufgenommen, und beede dafür sich verbunden haben. Wahr ist dahingegen auch, daß zur Zeit der Verstossung nicht allein die aufgenommenen 6000 Rthlr., sondern noch sogar ein Gewinn von 1847 Rthlr. vorhanden gewesen. Hat nun demnach der Vatter Nahmens

seines

seines Sohns sich der Handlungs-Bücher, des Waaren Lagers, und der ganzen Handlung bemächtiget, und alles mit Ausschliessung des Appellats einseitig verwaltet, so spricht auch von selbsten, daß (wie die vorige Urthel enthält) der Sohn die 6000 Rthlr.) es wäre dann, daß derselbe tempore dissolutæ societatis massam darzu nicht hinlänglich, noch nomina bona obhanden gewesen zu seyn, erweisen könnte) zu ersetzen verbunden seye.

§. 28.

Zur Zeit der Verstossung ware ja die Handlung zu zahlen um so mehr im Stande, als sie annoch einen Gewinn, oder Ueberschus von 1847 Rthlr. hatte. Ist sie nun nachgehends unzahlbahr worden, so mus der Sohn selbiges seinem Vatter einzig und allein zuschreiben, als welcher nach der Verstossung alles zu sich gezogen, und damit nach Willkühre geschaltet hat. Dahero auch dem Sohne nicht helfen mag, daß vermög des Versteigung-Protocolls vom 15 Merz 1766 die Handlung zur Zahlung derer 6000 Rthlr. nicht hinlänglich gewesen, anerwogen es nicht auf die Zeit der Versteigung, sondern der Verstossung ankommt, auch der Vatter veranlasset hat, daß die Weine und übrige Waaren versteiget, mithin gringer als sie geschätzt, verkauft worden. Ansonst ist es weit von dem, daß die besten Schuldforderungen von dem Appellat beygetrieben worden seyn sollen, immassen der Carl L. ausweis seiner eigenen Rechnung in Westphalen allein bey 1400 Rthlr. dahingegen

hingegen der Appellat nur 565 Rthlr. eingetrieben, and zu Beytreibung der noch ausstehenden Schulden darum keine Vollmacht ertheilet hat, weilen der Carl L. die Schulden auf gemeinschaftliche Kösten eintreiben, mithin dem Appellat einen Last aufbürden wollte, welchen derselbe zu tragen nicht verbunden ware.

§. 29.

Welchemnach also die vorige Urthel abermahls zu bestättigen wäre.

§. 30.

Siebentens gienge die in erster Instanz am zweyten April 1763 eröfnete Urthel dahin, daß vor allem der Johann L. seines Capitals von 6000 Rthlr. und darab nach sieben Monaten des Contracts etwa ruckstehender Zinsen zu befriedigen seye. Da nun diese Urthel bey dem Hofrathe am 16 Hornung 1764 also abgeändert worden, daß der Carl Friderich D. sowohl, als Carl L. die Zinsen derer 6000 Rthlr. a dato des letzten Contracts abzuführen schuldig, und diese Zinsen beeden æqualiter zu Last zu legen seyen; so ergiebt sich ganz klar, daß die letzte Urthel nicht von dem Tage des ausbezahlten Geldes, sondern des ausgefertigten Contracts, nemlich vom ersten Nov. 1760 zu verstehen seye; gestalten ansonst die erste Urthel nicht abgeändert, sondern hätte müssen bestättiget werden. Anbey hat der Hofräthliche Referent bey der Beurtheilung vom 16 Hornung 1764 nicht allein

angewiesen, daß der zweyte Contract eigentlich nicht am ersten Nov. 1760 sondern einige Monaten hernach geschlossen, und der Tag vorgesetzet worden seye, sondern auch desfalls die Meynung geführt, daß die erster Instanz Urthel zu bestätti- gen wäre. Diese Meynung ist indessen verworfen, und geurtheilet worden, daß die Zinsen a dato des letzten Contracts anzurechnen seyen. Unter welchem Rechtsscheine hat demnach der Hofrath jüngsthin erklähren können, daß der Terminus der Zinsenzahlung von denen 6000 Rthlr. a prima Junii 1761 utpote a dato veri Contractus festzustellen seye. Das letzte widerstrebet ja schnur stracks dem ersten, und mag annebst mit der natürlicher Billigkeit um so weniger bestehen, als eines Theils der Johann L. 1093 Rthlr. am 5 Nov. 1760 sodann 456, und 156 am letzten Merz 1761 ferner 1428 Rthlr. am neunten, und 1026 Rthlr. am 15 April des nemlichen Jahrs, mithin schon vor dem ersten Junius ausbezahlt hat. Andern Theils waren auch mit den am fünften Nov. 1760 ausbezahlten 1093 Rthlr. schon gleich anfangs Waaren eingekauft, und davon der gemachte, oder noch zu machende halbe Nutzen dem Johann L. zugehörig. Mithin konnte derselbe sich dessen begeben, und dagegen ausbedingen, daß der neue Contract auf den ersten Nov. 1760 gesetzt, und von diesem Tage an die Zinsen gerechnet werden sollten; zumahlen mehr ersagter Johann L. sich mit vier vom Hundert begnügen liesse, wo er doch fünf hätte nehmen können.

§. 31.

§. 31.

Bey solchen Umständen wäre die vorige Urthel dahin abzuänderen, daß in Gefolg der Rechtskräftigen Urthel vom 16 Hornung 1764 von dem Capital derer 6000 Rthlr. die Zinsen a dato Contractus, nemlich vom ersten Nov. 1760 anzurechnen seyen.

§. 32.

Weit grösseren Fug hätte achtens der Appellat, als die Appellanten sich darüber zu beschweren, daß in Betref derer Zinsen von denen 6000 Rthlr. der Terminus ad quem auf den ersten Nov. 1766 seye bestimmet worden. Zur Zeit der Verstossung, und vermög des von dem Buchhalter W. verfertigten Status noch so gar am letzten Dec. 1761 waren ja nicht allein die 6000 Rthlr., sondern auch ein Ueberschuß von 1847 Rthlr. in der Handlung vorhanden, die Appellanten hatten also ihre Zahlung in Händen, und darum keine Zinsen zu forderen, zumahlen nach dem verfertigten Statu am letzten Dec. 1761 nebst den ausstehenden Schulden an Weinen und Waaren noch 3322 Rthlr. vorräthig waren. Zudeme hat der Buchhalter W. die Zinsen zis zum letzten Dec. 1761 ausgerechnet, und dem statui mit 243 Rthlr. 48 Stbr. eingetragen, also, daß damahls keine Zinsen mehr ruckständig waren. Da nun der Sohn nach seiner eigenen Rechnung dem Vatter 1327 Rthlr. am 10 Dec. 1763 bezahlt hat, so seynd ja ungefehr 800 Rthlr. mehr, als die Zinsen sich betra-

betragen, entrichtet, und folglich von dem Capital abzuziehen. Zugeschweigen annoch, daß mittler Weile mehrere Zahlungen geschehen, und all dasjenige, was nach der Verstossung erfolget, dem Appellat ganz unnachtheilig seye.

§. 33.

Derowegen die vorige Urthel lediglich zu bestättigen wäre.

§. 34.

Gleichwie nun nach mejner unzielsetzlichen Meynung die Appellanten nur in drey Stucken Recht, dahingegen in fünf Unrecht haben, also ist denenselben mit der Verurtheilung in einen dritten Theil derer Kösten nicht zu wehe geschehen.

§. 35.

Die vorige Urthel wäre dahero desfalls nicht allein zu bestättigen, sondern auch die Appellanten in einen dritten Theil der dahier aufgegangenen Köstten fällig zu ertheilen, die zwo übrigen dritten Theile aber zu vergleichen.

XVII.

Von der Constitutione anastasiana.

§. 1.

Die verwittibte Freyfrau Anna Maria von T. gebohrne Freyinn von E. hat für sich, und Nahmens ihrer Kinder mit ihrem Bruder Franz Winand Freyherrn von E. am 25 Febr. 1669 einen Vergleich dahin geschlossen, daß vorerwehnter Franz Winand Freyherr von E. seiner Schwester wegen ihrer geforderten Ehesteuer, und Kindtheils einmahl für all die Summe von 10300 Rthlr. in gangbahrer Münz bezahlen, und davon 200 Rthlr. gleich, sodann innerhalb eines halben Jahrs wiederum 100 Rthlr. baar entrichten, dahingegen wegen der übrig bleibenden 10000 Rthlr. die Schwester verwittibte Freyfrau Anna Maria von T. die Einkünfte des Hauses L. statt der jährlichen Zinsen bis zur Ablage und Wiederlösung, welche dem Franz Winand Freyherrn von E. und dessen Erben nach vorhergegangener eines halben Jahrs Aufkündigung frey stehen solle, geniessen, daraus aber zugleich denen Gläubigeren Wilhelm G. und Maximilian E. die Zinsen von den auf dem Hause L. haftenden 3000 Rthlr. jährliche mit 150 Rthlr. abführen solle.

§. 2.

§. 2.

Nach Absterben der verwittibten Freyfrau Anna Maria von T. wollte deren hinterlassene Sohn Paul Robert von T. mit dem Pfandrechte sich nicht begnügen lassen, sondern truge im Jahr 1687 bey dem Hauptgerichte zu Gülich um die Versteigung des Hauses L. an, erhielte auch sein Begehren, und botte bey der am 25 August 1687 vorgenommenen Versteigung 14500 Rthlr., sodann noch 500 Rthlr. zum Besten der unmündigen von E. an, worauf demselben das Haus L. dergestalt zuerkennt worden, daß denen Unmündigen von E. das Haus innerhalb drei Monaten a dato adjudicationis pro oblato pretio einzulösen frei stehen solle.

§. 3.

Demnach übergabe der Paul Robert von T. am 29 Oct. 1689 bei dem Hauptgerichte zu Gülich eine Rechnung, vermög welcher die minderjährigen Erbgenahmen von E. nach abgezogenem Kaufgelde des Hauses L. annoch 3377 Rthlr. sammt zweijährigen Zinsen schuldig bleiben sollen. Dagegen wendete der Vormund derer Minderjährigen von E. zwar ein, daß er sich in eine Berechnung um so weniger einzulassen hätte, als er darzu nicht angeordnet, der Freyherr Paul Robert von T. auch per realem distractionem longe infra justum pretium factam überflüßig befriediget, und die Minderjährigen von E. ihres Vatters Schulden zu zahlen nicht gehalten wären. Deme

jedoch

jedoch ungeachtet ergienge am 18 August 1691 die Beiurthel, daß beklagter Vormund seines in puncto cessantis curatorii, und sonst gethanenen allen Einwendens ungehindert sich über den am 29 Oct. 1689 eingekommenen Statum, und Beilagen sub n. 1 2 3 4 & 5 von Post zu Post sub pœna respective agnitis, & confessatorum agnoscendo, vel diffitendo zu erklären schuldig seye.

§. 4.

Wie nun diesem gelebet ware; so erfolgte am 14 Nov. 1693 die Endurthel, daß das dem Freiherrn Paul Robert von T. in Abschlag des Judicati von 10000 Rthlr., und aufgegangener Proceßkosten zuerkennte Haus L. cum appertinentiis zu zwei dritten Theilen für 9666 Rthlr., 53 Albus, 4 Hlr. für Zahlung, auch die denen Minderjährigen von E. zum Besten anerbottenen 500 Rthlr. gleichfalls für Zahlung in Händen zu lassen, und abzutöden seyen, ihme Freiherrn von T. gleichwohl unbenommen, sondern freigestellt, der fernern Zahlung halber weiters anzurufen. Dann werden vorernennte Minderjährigen von E. von dem in dem Statu enthaltenen, und von dem Judicato derer 10000 Rthlr. geforderten Aufgelde von 1950 Rthlr., sodann 30 Rthlr., 60 Albus, wie auch 13 Rthlr., 40 Albus hiemit losgesprochen. So viel aber die dem Vorgeben nach vorenthaltenen jährlichen Renthen betrift, lasset man es bei dem am 18 August 1691 ertheilten Bescheide noch zur Zeit bewenden.

§. 5.

§. 5.

Hievon hat der Freiherr Paul Robert von T. zu dem Hofgerichte appellirt, und am 26 Jenner 1694 Processus erhalten, nachgehends aber so viel aus dem verhandelten zu entnehmen, die Sache nicht weiter fortgesetzt.

§. 6.

Dem Vermuthen nach dörfte dazu jener Rechtsstreit Anlaß gegeben haben, welcher von dem Freyherrn Johann Wilhelm von R. im Jahre 1696 angehoben worden. Dieser zeigte nemlich bei dem Hauptgerichte zu Gülich an, daß die Erbgenahmen von E. einen dritten Theil des Hauses L. nicht eigenthümlich, sondern nur Pfandweise besessen, mithin auch der Paul Robert Freyherr von T. bei der Versteigung in Ansehung des verpfändeten dritten Theils nur das Pfandrecht erlangen können, und darum gegen Erlegung, und Wiedergebung des Pfandschillings einen dritten Theil des Hauses L. abzutretten hätte. Wie nun der Freyherr von T. diesem sich widersetzte; so wurde bei dem Hauptgerichte zu Gülich am 14 Sept. 1697 zu Recht erkennt, daß der Johann Wilhelm Freyherr von R. widrigen in puncto cautionis geschehenen Einwendens ungehindert zu Erlegung des auf einem dritten Theile des Hauses L. haftenden Pfandschillings seinem Erbieten gemäs zuzulassen seye.

§. 7.

§. 7.

Nach vielen Weiterungen, und Ausschweifungen ergienge am 26 April 1724 die fernere Urthel " Dann wird wegen der an Seiten des " Freyherrn Johann Wilhelm von R. gebettenen " Deoccupation eines dritten Theils der Pfandschaft zu L. dahin verbeschieden: Würde derselbe " des 1/3 Pfandschillings auf den Bescheid de " 22 Aprilis 1711 gestellten Fuß vollends nebst " den dem Freyherrn Paul Robert von T. bis " dahin definitive adjudicirten Posten realiter " offeriren lassen, oder nach verweigerter Annehmung ad judiciale depositum bringen lassen, " daß deme Vorgangen in diesem puncto ferner, " was Rechtens, solle erkennt werden.

§. 8.

Als der Freyherr Johann Wilhelm von R. in dessen Gefolg den vorhin bereits erlegten 2759 Rthlr., 42 Albus am 30 August 1724 annoch 221 Rthlr., 63 Albus hinzulegte; so wurde die Vollstreckung der Urthel dem Schulteißverwalter zu Gülich aufgetragen, und endlich am 29 Jenner 1728 durch selbigen der Bevollmächtiger des Freyherrn Johann Wilhelm von R. in einen dritten Theil des Hauses, Rittersitzes, Vorhofs, Gartens, Weieren, Jagden, Weide- und Schweidgangs, fort übriger anklebenden Recht- und Gerechtigkeiten des Guts manu forti actualiter, & realiter eingesetzt, sodann in den noch nicht entschiedenen Puncten der Proceß fortgetrieben, jedoch

doch nicht geendiget, sondern dessen Lauf durch das im Jahre 1734 erfolgte Absterben des Paul Robert Freyherrn von T. einiger massen gehemmet.

§. 9.

Mehrerwehnter Freiherr Paul Robert von T. hat indessen keine Leibes Erben hinterlassen, und darum der Vormund des schwachsinnigen Wallram Freiherrn v. E. nicht allein bei hiesigem Hof-Rathe gebetten, seinen Pflegbefohlenen tam ex jure revoluto, quam consanguinitatis bei der Erbschaft zu handhaben, sondern auch das mandatum manutenentiæ am 24 Julius 1734 würklich erhalten. Wogegen als der Freiherr, und Freifräulein von T. anzeigten, daß ihr Vatter des verstorbenen Paul Robert Freiherrn von T. halbbürtiger Bruder gewesen, mithin sie die nächsten Erben wären; so änderte der Vormund gleich die Sprache, und führte näher an, daß nicht allein die Versteigung des Hauses L. nichtig, sondern auch eine Dispositio codicillaris des Paul Robert Freiherrn von T. vorhanden wäre, welche Ziel, und Maaß setzete. Dahero nach geschlossener Sache am 12 April 1736 Commissio ertheilt wurde, reservato puncto sequestri codicillum quæstionis in originali re- & irrelevantia salva auflegen zu lassen, und beede Theile darüber zu hören.

§. 10.

In dessen Gefolg wurde von dem Vormunde nicht allein der Codicill aufgelegt, sondern auch dabey

daben angezeigt, daß die principalis legataria Catharina L. dem Freiherrn Walram von E. ihr ganzes Recht übertragen hätte. Ob nun gleich die Erbgenahmen von T. einige Anstände machen wollten; so ergienge jedannoch am 28 Nov. 1736 die Endurthel, daß die legataria Catharina L. nunmehro derselben cessionarii bei dem Besitze der von dem verstorbenen Freiherrn Paul Robert von T. besessenen zwei dritten Theile des Rittersitzes L. sammt Zubehöre nach Anlas des ad acta übergebenen codicilli, jedoch petitorio salvo zu belassen, so danu die aufgegangenen Kosten gegeneinander aufzuheben seyen.

§. 11.

Diesemnach haben die Erbgenahmen von E. nicht allein die übrigen Legatarios des Paul Robert Freiherrn von T. befriediget, sondern auch am achten Julius 1759 mit denen Erbgenahmen des Johann Wilhelm Freiherrn von R. sich verglichen, und dadurch den ihnen noch abgehenden dritten Theil des Rittersitzes erhalten, wie auch ruhiglich besessen.

§. 12.

Am zweiten May 1766, mithin schier nach 30 Jahren von der am 28 Nov, 1736 erdfneten Urthel anzurechnen liesse der Freiherr von T. zu H. sich beigehen, den vorherigen Proces wieder aufzuwecken, und bei hiesigem Hof=Rathe eine triplicam des Innhalts zu übergeben, daß der ver

storbene Paul Robert Freiherr von T. zwei dritte Theile des Hauses L. durch die Versteigung eigenthümlich erworben, sein Vatter als ein Bruders Sohn den Paul Robert Freiherr von T. geerbet, sein Gerechtsam bei hiesigem Hof-Rathe zwar ein- Krankheits halber aber nicht ausgeführet, er auch jüngsthin erst seine Grosjährigkeit erreichet, so dann der Codicill seine Erfüllung erhalten, mithin dermalen die Frage statt hätte, wer dem Paul Robert Freiherrn von T. am nächsten verwandt wäre.

§. 13.

Dawider ist von der verwittibten Freifrau von E. die quadruplica eingebracht, damitten die Sache beschlossen, und am 22 Mertz 1768 gesprochen worden, daß beklagte verwittibte Freifrau von E. bei dem strittigen Rittersitze L. in possessorio salvo petitorio zu handhaben, so dann zu interloquiren seye: Würde klagender Freiherr von T. zu H. rechtsbehörend erweisen, daß Beklagtin der Mobilarschaft des verlebten Paul Robert Freiherrn von T. sich unterzogen habe, alsdann näher ergehen solle, was Rechtens.

§. 14.

Von dieser am 14 April insinuirten Urtel hat der Freyherr von T. zu H. am 20 des nemlichen Monats revidirt, und am 18 May die Strafgelder erlegt, mithin die Nothfristen richtig beobachtet.

§. 15.

§. 15.

Solchemnach hat derselbe eine gedruckte actenmäßige Verhältnüß übergeben, worinnen unter anderen auch der von dem verstorbenen Paul Robert Freiherrn von T. am 19 Febr. 1734 errichtete Codicill anzutreffen, und des Innhalts ist
" Kund, und zu wissen seye hiemit jedermännig-
" lichen, deme gegenwärtiger codicillus nuncu-
" pativus, vel scriptus vorkommen wird, daß
" ich Paulus Robertus Freiherr von T. Herr zu
" L. wohlwissentlich mit guter Vernunft begabet,
" bey annoch gesunden Kräften der Catharinæ L.
" wegen verdienten Lohn, und lange Jahren mir
" treuest geleisteter Diensten, fleißiger in Acht-
" nehm- und Besorgung meiner Haußhaltung, und
" aus mehreren erheblichen mich bewegenden Ur-
" sachen sechs tausend Rthlr. jeden zu 80 Albus
" Cöllnisch gerechnet, sammt allen auf meinem
" Rittersitze nach meinem Gott gefälligen Todt
" befindlichen Mobilien, und Gereyden, und allen
" so wohl auf dem Felde, als in denen Scheuren
" respectivè, und Speicher alsdann vorräthigen
" Früchten, in der beständigsten Form Rechtens
" vermacht, und legirt habe, allermassen hiemit
" vermachen, und legiren thue, und zwar derge-
" stalt, daß dieses Legatum derer 6000 Rthlr.
" derselben gleich nach meinem tödlichen Hintritt
" aus den auf das Rittersitz L. und dessen Ap-
" und Dependentien haftenden mir competirenden
" Aussprachen in Betracht der mütterlichen Hey-
" rathsgab abgelegter Capitalien, und dergleichen,
" von den ab intestato mir succedirenden Erben,

" ohne

" ohne einigen Anstand also fort auszahlt werden,
" und dieselbe so lang berührtes Gut, und Haus
" L. jure hypothecæ besitzen, ohnberechneter Weiß
" defructuiren, und geniessen solle, bis daran
" bemeltes Legatum derer 6000 Rthlr. ihro baar
" abgeführet, auszahlt, und entrichtet seyn wird
" pro 1mo. Pro 2do da verordne hiemit, daß
" mein entseelter Leib Christ-Catholischem Brauche,
" und meinem Stand nach in der Capuciner Kirch
" zu A. beerdiget, und die Legataria L. die
" darzu erforderlichen Kosten, und Auslagen zah-
" len, ihro aber neben besagten Legatis vergütet,
" und restituiret werden sollen. Es solle ferner,
" und will ich pro 3tio, daß nach abgeführten
" obigen 6000 Rthlr. die übrigen Gelder des
" mütterlichen Heyrathspfennings (so sich ad zehn
" tausend harter specien Rthlr. belauft, denen
" Pateren Capucineren zu A. mitgetheilet werden
" sollen. Pro 4to da wird die legataria hiemit
" ersucht, ihro auch aufgegeben, gestalten die in
" ihrem Leben, oder an ihrem Ende aus gemel-
" ten legatis vorräthige Gelder, oder so viel sie
" derer nach Möglichkeit wird erspahren können,
" pro animæ meæ, & consanguineorum meo-
" rum refrigerio rhentbar auszuthuen, ewig zu
" widmen, und zu fundiren. Ich verordne, und
" gebiete auch pro 5to, daß obige legata, und
" Vermächtnüssen ohne einigen Abzug der Falci-
" diæ, oder Trebellianicæ abgeführet werden
" sollen. Nicht weniger pro 6to thue ich die
" legatariam L. von Præstirung allinger Rech-
" nung über Empfang, und Ausgab, es möge

" der-

" derselbe herrühren, woher er wolle, Kraft dieses gänzlich frei sprechen, unv will, daß dieselbe in specie wegen der Büschen, oder sonsten, wie es Nahmen haben mag, mit einiger Action nicht angefochten, noch beunruhiget werden solle. Zu mehrerer Sicherheit, und Bestand hab ich pro 7mo diesem Codicillo in eventum clausulam fideicommissi, & donationis mortis causa beigerucket, und dabei ausdrucklich erklärt, daß dieser Codicillus omni meliori modo, & forma in deneu Rechten beständig gehalten werden solle. In Urkund hab ich denselben nicht allein eigenhändig unterschrieben, und mein angebohrnes freiadliches Pittschaft wohlwissentlich hierauf gedruckt, sondern auch nachgesetzten Freiherrn, Vice-Pastorn, und vier Zeugen absonderlich gebetten, diesen Codicillum neben mir zu unterschreiben „.

§. 16.

Alldieweilen dieser Codicill von dem Paul Robert Freiherrn von T., wie auch von dem Vicecurato, so dann von drei Zeugen unterschrieben, und von dem vierten Zeuge mit einem Handzeichen bestättiget, anbei durch die Urthel vom 28 Nov. 1736 für richtig, und gültig anerkennet, und endlich von dem Revidenten selbsten nicht angefertiget, sondern vielmehr angenommen worden; so folget erstlich, daß derselbe zum Grunde zu legen seye; zumalen nach der nunmehro rechtskräftigen Urthel vom 28 Nov. 1736 wegen derer Unterschriften, oder des von dem Schreibens unerfahrenen

erfahrenen Zeuge Henrich N. nur gemachten Hand- oder Merkzeichens ein Zweifel, und Bedenklichkeit um so weniger obwalten kan, als eines Theils verschiedene Rechtsgelehrten, sonderlich

VASQUIUS *de success. Progress. Lib. III.* §. 30. *num.* 17.

belehren: testium subscriptiones non desiderari, etsi codicillus fieret in scriptis. Andern Theils ist auch der Codicill von dem Paul Robert von T. ein Codicillus nuncupativus, vel scriptus benennt, und dahero statthaft: si essent codicilli nuncupativi, licet in scripturam redacti, certissimum est, eos valere, sine ulla subscriptione testium.

BARRY *de Success. Lib. I. Tit.* 6. *n.* 6.

Ueber dies haben die fünf unterschriebenen, und ad perpetuam rei memoriam abgehörten Zeugen die veram confectionem, & existentiam codicillaris dispositionis, nec non certitudinem rei gestæ bereits mit einem Eide bestättiget. Mithin trift dahier ferner ein, eos codicillos in sui essentia validos fuisse, probarique per ipsorummet testium dispositiones eorum substantiam, & tenorem posse.

VASQUIUS *cit.* §. 30. *num.* 6.

Zum andern spricht auch von selbsten, daß gleichwie die Catharina L. denen Erbgenahmen von E. alles ihro aus dem Codicill erwachsene so possessorial, als petitorial Recht im Jahre 1734 unter

unter sicheren Bedingnüssen jure transactionis übertragen; also vorernennte Erbgenahmen nunmehro in deren Recht eintretten; zumalen der Uebertrag nicht allein durch die rechtskräftige Urthel vom 28 Nov. 1736 für richtig anerkennt, sondern auch von dem jetzigen Revident nicht einmal bestritten worden.

§. 17.

Wessenthalben dann vornemlich zu untersuchen, was für ein Gerechtsam die Catharina L. gehabt habe. Vermög des obangeführten Codicills seind derselben vermacht alle auf dem Rittersitze L. befindlichen Gereiden, und alle auf dem Felde so wohl, als in denen Scheunen, und auf denen Speicheren vorräthigen Früchten. Nebst deme seind derselben 6000 Reichsthaler, und zwar dergestalt vermacht, daß sie das Gut, und Haus L. jure hypothecæ so lange besitzen, und unberechneter Weise geniessen solle, bis daran die 6000 Rthlr. ihro baar abgeführt, und entrichtet seyn werden. Ferner sollen die zu Beerdigung des Paul Robert Freyherrn von T. verwendeten Kosten, und Auslagen der Catharina L. vergütet, und wiedergegeben werden. So dann solle die Catharina L. zur Berechnung des Empfangs, und Ausgaben, sie mögen herrühren, woher sie wollen, nicht angehalten, noch wegen derer Büschen, und sonsten, wie es Nahmen haben mag, mit einer Anforderung, oder Klage beunruhiget werden. Und endlich solle die quarta Falcidia, & Trebellianica nicht abgezogen werden. Alle diese Gerechtsame,

rechtsame, und Anforderungen hat also die Catharina L. denen Erbgenahmen von E. übertragen.

§. 18.

Alleine (wird vielleichte jemand sagen, oder denken) die Catharina L. hat die ihro vermachten Sachen aus eigener Macht, und Gewalt nicht zu sich nehmen, noch denen Erbgenahmen von E. übertragen können. Mithin müssen die Erbgenahmen von E. eben so, wie die Catharina L. selbst, die erbschaftlichen Sachen dem Erbe des Paul Robert Freyherrn von T. vor allem zustellen, und herausgeben. Ja es ist wohl ein allgemeiner Rechtssatz: quod legatarius sponte rem legatam occupans, sine vi tamen, ne locum habeat sanctio *l.* 13 *quod met. causa*) teneatur hoc interdicto, ad restituendam heredi rem legatam.

HUBER *in Prælect. ad π. Lib. XLIII. Tit.* 3. §. 1.

Selbiger leidet aber unter anderen einen Abfall, si quis potestatem apprehendendi ab ipso testatore concessam habeat, & ipse vacua adhuc possessione apprehenderit.

STRUVE *in Synt. jur. Civil. Exercit. XLV.* §. 31.

Nam & defunctus legatariis hanc facultatem indulgere potest.

BOEHMER *in introduct. in jus Digest. Lib. XLIII. Tit.* 3. §. 2.

Wann

Wann nun in dem Codicill ausdrucklich versehen, daß die Catharina L. das Haus, und Gut L. jure hypothecæ so lange besitzen, und benutzen solle, bis daran die vermachten 6000 Rthlr. ihro baar abgeführt, und entrichtet seyn würden; so hat ja der Paul Robert Freyherr von T. der Catharina L. den Rittersitz L. verpfändet, und zugleich Macht, und Gewalt ertheilet, bemelten Rittersitz in Besitz zu nehmen, oder besser zu sagen, nach seinem Absterben bis zu Entrichtung derer 6000 Rthlr. darauf Kraft des gegebenen Pfandrechts zu verbleiben, und also auch die auf dem Hause L. befindlichen Gereiden, und Früchten sich zuzueigenen, zumalen ohne dies der Catharina L. nicht möglich gewesen wäre, das ihro verpfändete Haus L. bis Zur Zahlung der vermachten 6000 Rthlr. zu besitzen, und zu geniessen. Wollte auch annoch ein Anstand gemacht werden, ob die Catharina L. die Gereiden, und Früchten eben so, wie das Haus L. in Besitz nehmen können; so mag selbiger jedoch dahier um so weniger statt finden, als noch zur Zeit nicht von denen Gereiden, und Früchten, sondern blos allein von dem Hause L. die Frage ist. Dahero ganz unhintertreiblich folget, daß die Catharina L. denen Erbgenahmen von E. den Besitz des Hauses L. gültig habe übertragen können.

§. 19.

Nicht genug zu bewunderen ist dahingegen, daß weder der Revident, noch der vorige Richter die Frage berühret haben, ob die Erbgenahmen

von

von E. nicht schuldig, noch gehalten seyen, rechtlich anzuweisen, was, und wie viel sie der Catharina L. gegeben, oder welche Bedingnüssen abgeredet haben; allermassen nebst vielen anderen vorbelobter

HUBER *in Prælect. ad π. Lib. XVIII. Tit.* 4. §. 7.

schon längstens geschrieben: Altera, quam diximus, observatio nascitur ex invidia, qua laborant actionum redemptores, quasi lites, & rixas, aliorumque vexationes lucri studio quærentes. Ideo placuit ad minuendam hanc pruriginem, ne quis emptor actionis a debitore plus, quam ipse venditori solvit, consequatur, & reliquum lucro debitoris cedat ex constitutione Anastasii. Wo nun diese eine solche Einwendung ist, welcher der Richter nicht von denen Rechtenden erfahren, sondern ohne die Rechtenden aus denen Rechten, und Gesetzen wissen mus; so solle ich auch von Amtswegen untersuchen, ob selbige dahier eintreffe, oder nicht.

§. 20.

Des Endes entlehne ich von dem

OLEA *de Cess. jur. Tit. VI. Quæst.* 10. *num.* 58.

den Satz: Finis Anastasianæ Constitutionis fuit, obviam ire his, qui vexandi animo alienas lites suscipiunt, quos titulus *C. de litigiosis* non com-

comprehendebat, quia actio nondum fuerat in judicium deducta: nec titulus *D.* & *C. de alienatione judicii*, quia ex ea cessione judicium non variabatur: nec titulus *C. ne liceat potentioribus*, quia ex his non erant, quos potentiores jura appellant. Voluit igitur Anastasius peculiarem legem edere, per quam hi, qui incertarum actionum cessiones ambiunt, ea pæna afficerentur, ut non amplius habere possint, quam pretium, quod vere, & realiter numerarunt Hieraus ziehe ich mit dem berühmten

FABER *Conject. Lib. XII. Cap.* 12.

die Folge: Percelebrem hanc Anastasii constitutionem, quæ de improbandis actionum venditionibus facta est, non pertinere ad indubitatas actiones, etsi non est ex interpretibus, qui fateatur, tamen ipsa Constitutionis verba non obscure præ se ferunt, exposita enim per Anastasium initio legis ratione, propter quam novum jus hac parte constituendum putaverit, nimirum ut multorum non fraudibus, sed malitiis occurreret, qui alienis rebus, fortunisque inhiantes, cessionem aliis competentium actionum ambiunt, eoque modo diversis vexationibus personas litigatorum afficiunt, subjicit in hæc verba: *cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant jura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle.* Quæ verba sic omnino accipienda existimo, ut sensus sit, dubitandum non esse, quin si quis jus obligationis, & actionis sibi competens

petens adeo certum, & indubitatum crederet, ut nullam eo nomine litem vereretur, magis utique debitum ipse exigere, quam alii exigendum mandare vellet: sibi enim quisque magis, quam alii favere & solet, & debet. Quoties igitur quis actionem suam vendit alteri, credendum est, inquit Anastasius, id eum agere, ut adversarii, quem velut futurum litigatorem jam oderit, personam graviori afficiat vexatione. Ergo si proponas obligationem, & actionem, quæ venditi titulo cessa est, adeo certam, & indubitatam fuisse, ut litis periculum nullum fuerit, causa nulla est, cur cessante legis Anastasiæ ratione constitutionem illam locum habere quis putet? Darnach ist leichte der Schluß abzufassen, daß gleichwie der Codicill, und das daraus der Catharina L. zugewachsene Gerechtsam mit gutem Fuge, und Recht nicht angefertiget werden kan; also auch die Anastasianische Satzung dahier die Entscheidung nicht geben möge. In iis namque cessat ratio illa Anastasii, quod non possit non suspecta esse venditori obligatio, & actio, quam ipse malit vendere, quam exercere: cum indubitatam eam intelligamus, quæ ne suspecta quidem est, & de qua litis periculum nullum vereri venditor potest.

FABER *cit. loc. p. m.* 119.

§. 21.

Wollte vielleichte jemand einwenden, daß, wie

STRYCK *de Caut. Testam. Cap. XXIII.* §. 12.

bezeu=

bezeuget) nach Meynung der mehresten Rechtsgelehrten die Unterschriften derer Zeugen zur Weesenheit eines Codicils erforderlich, dahier aber die Unterschrift eines Zeuges abgängig, mithin annoch ein rechtlicher Zweifel obhanden seye; so antworte ich mit dem mehrbelobten

FABER *cit. p.* 119.

Ejus litis, quæ per injuriam, aut calumniam potest emergere, verius est, rationem haberi non oportere; anerwogen erstens der Codicill mit denen Worten anfängt " Kund, und " zu wissen seye hiemit jedermänniglichen, deme " gegenwärtiger Codicillus nuncupativus, vel " scriptus vorkommen wird ". Zum andern enthält derselbe auch " Zu mehrerer Sicherheit, und " Bestand hab ich pro 7mo diesem Codicillo in " eventum clausulam fideicommissi, & donationis mortis causa beigeruckt, und dabei ausdrucklich erklärt, daß dieser Codicillus omni " meliore modo, & forma in denen Rechten " beständig gehalten werden solle ". Und endlich führet er selbst das Zeugnüß bei sich, daß er von dem Pfarrherrn zu gleicher Zeit ge= und von selbigem, wie auch denen Zeugen seye unterschrieben worden. Wann nun hieraus zur Genüge zu entnehmen, daß der Paul Robert Freiherr von T. seinen Will, und Meynung mündlich, und öffentlich erkläret habe; so findet jene Ausnahm gewislich statt, welche

STRYCK *in U. M. Lib. XXIX. Tit.* §. 8.

macht,

macht, nemlich nisi forsan tenor codicillorum omnibvs testibus manifestus foret, quia eo casu valere posset dispositio jure codicillorum nuncupativorum; zumalen vermög der von dem Revidenten selbsten angenommenen, und beigelegten Notarial Urkund vom 21 April 1736 die fünf unterschriebenen, und zur ewigen Gedächtnüsse abgehörten Zeugen die Wahrheit, und Richtigkeit des Codicills mit einem Eide bekräftiget haben.

§. 22.

Gesetzt auch sogar, daß dieserthalben noch ein Zweifel überbliebe; so mögte gleichwohl das Anastasianische Gesetz aus der Ursache nicht statt finden; weilen eines Theils von der Catharina L. nicht das Haus L., noch eine andere einzelnde Sache, sondern das ganze aus dem Codicill zugeflossene, und obangeführter massen verschiedene Sachen, und Ansprüche in sich begreifende Recht übertragen, und also dasjenige beobachtet worden, was

SCHILTER *ad π. Exerc. XXX.* §. 82.

mit folgenden anrathet: Quum *res singulares* tantum, viliori pretio cedi lex Anastasiana prohibeat, *universitatem*, & hereditatem, vel ejus partem, non item, quia hæc non commoda tantum, sed etiam onera, eaque non semper cognita comprehendit, quorum evictionem cedens haud præstat l. 2. π. h. t. Igitur si fieri potest, hoc agatur, ut *non res* v. g. hereditariæ,

riæ, vel quæ alias universitate quadam continentur, sed ipsum JUS UNIVERSUM cedatur. Und andern Theils die Catharina L. in Gefolg des Codicills die erbschaftlichen Sachen besessen, mithin dahier sogar Platz hat, was

PARLADORIUS *Rer. Quotid. Lib. II. Cap. fin. Part. III.* §. 6. *num.* 10.

schreibt: Quanquam & secundum distinctionem Bartol. isthic *nu.* 23. nequaquam ille titulus de hæreditate, vel actione vendita contrarius est harum legum definitioni, locum siquidem habet titulus iste, ut Bartol. rectissime interpretatur, quando venditor hæreditatem possidet.

§. 23.

Bevorn ich inzwischen zu Abfassung des endlichen Schlusses abschreite, solle ich annoch die so hoch angerühmte Frage berühren, auf welche Art, und Weise der Paul Robert Freiherr von T. das Haus L. Zeit Lebens besessen habe. Die Revisa will nemlich behaupten, und gar aus dem verhandelten, insonderheit Convol. sub lit. F. fol. 343. 578 613 614 & 712 erweisen, daß der Paul Robert Freiherr von T. das Haus L. nicht als sein Eigenthum, sondern nur als eine Pfandschaft besessen, und darum auch nicht über das Eigenthum bemelten Hauses, sondern über den darauf haftenden Pfandschilling eine letzte Willensverordnung errichtet habe. Siehet man die angezogenen Stellen nur nach; so äusseret sich gleich, daß dieselben

nicht von den dermalen strittigen zwei dritten Theilen des Hauses L., sondern nur von jenem dritten Theile erwehnen, welchen die Erbgenahmen des Johann Wilhelm Freiherrs von R. damals einlösen wollten, und nachgehends auch würklich eingelöst haben. Anbei ist keine Ursache zu ersinnen, warum der Paul Robert Freiherr von T. in Betref jener zwey dritten Theilen, wovon ganz keine Frage ware, eine solche, und widrige Erklärung solle abgegeben haben. Ja vielmehr ist das gerade Gegentheil davon in dem verhandelten anzutreffen; immassen der Paul Robert Freiherr von T. fol. 570 p. ✠. ganz deutlich anführet, daß er das Haus L. bei der Versteigung erhalten habe. Deme gemäs wendet auch der Paul Robert Freiherr von T. fol. 613 p. ✠. ein, daß die Erben des Johann Wilhelm Freiherrs von R. bei vorhabender Einlöse eines dritten Theils auch einen dritten Theil derer Kosten, und Auslagen abzutragen schuldig seyen. Und endlich hat der Paul Robert Freiherr von T. fol. 615. usque 716 acht, und vierzig Kosten Verzeichnüsse übergeben, um dadurch (wie es fol. 607. p. ✠. heisset) anzuweisen, was, und wie viel er bey der Gegenseits immer vorhabenden Einlöse eines dritten Theils für einen dritten Theil derer Kosten, und Auslagen in Rechnung zu bringen befugt seye.

§. 24.

Als viel den oft angerühmten Codicill anbetrift; so scheint es zwar, alswann der Paul Robert Freiherr von T. andeuten wollen, daß er das

Haus

Haus L. nicht eigenthümlich, sondern nur Pfandsweise besessen habe. Indessen aber will ich derjenige nicht seyn, welcher in diesem Stucke die eigentliche Gesinnung zu errathen, und dafür Bürgschaft zu leisten übernimmt. Vielleichte ist der Paul Robert Freiherr von T. in dem Irrwahne gewesen, als ob er keine Macht hätte, über die erworbenen zwey dritten Theilen, als unbewegliche Güter eine letzte Willensverordnung zu errichten. Vielleichte hat er geglaubt, daß er über die zwey dritten Theile darum nicht verordnen könnte, weilen die Processen, worinnen er mit denen Erbgenahmen von E. so wohl, als denen Erben des Johann Wilhelm von R. befangen ware, ihre vollkommene Endschaft noch nicht erreichet hatten. Vielleichte hat er räthlicher erachtet, die zwey dritten Theilen mit Vermächtnüssen zu beschweren, als dieselben zu vermachen. Vielleichte hat er noch andere Absichten, und Gedanken dabey geheget.

§. 25.

Deme seye immittels, wie ihme immer wolle. Genug, daß der Codicill deutlich besage " daß " dieses Legatum derer 6000 Rthlr. derselben " gleich nach meinem tödlichen Hintritt aus den " auf das Rittersitz L., und dessen Ap- und De- " pendentien haftenden, mir competirenden Ansprachen in Betref der mütterlichen Heyraths- " gabe, abgelegter Capitalien, und dergleichen, " von den ab intestato mir succedirenden Erben " ohne einigen Anstand also fort auszahlt werden " sollen „. Genug auch, daß die Revisa in Be-

tref der von dem Revidenten in Streit gezogenen zwey dritten Theilen kein anderes Gerechtsam, dann den von der Catharina L. geschehenen Uebertrag angewiesen habe, und rechtlich anweisen könne; anerwogen die vorgeschützte Nichtigkeit der am 25 August 1687 vorgegangenen Versteigung um so ungegründeter ist, als die Versteiguug von dem Richter zu Tilgung derer Schulden vorgenommen worden. Zudeme hat die am 14 Nov. 1693 eröffnete, und die vorgenommene Versteigung bestättigende Urthel darum ihre völlige Rechtskraft erreichet, weilen der Vormund derer Minderjährigen von E. davon zwar stehenden Fußes appellirt, dahingegen (so viel aus dem verhandelten zu ersehen) weder die Berufung bei dem hiesigen Hofgerichte eingeführt, weder Processus ausgebracht, noch sonsten die Sache afterfolget hat. Ferner seind vom 14 Nov. 1693 bis den 24 Julius 1734 so viele Jahren verflossen, daß die Herstellung in den vorigen Stand nicht mehr gebetten werden können; zumalen sogar derjenige Unmündige, welcher am 14 Nov. 1693 gebohren worden wäre, am 15 Nov. 1718 seine Grosjährigkeit erreichet, mithin vom 15 Nov. 1718 bis den 14 Julius 1734 das quadriennium so wohl, als quinquennium nicht ein- sondern mehrmalen hätte verstreichen lassen. Ueber dies erhalten die von der Revisa angeführten Verletzungs Gründe, und Ursachen aus dem verhandelten ihre vollkommene Erledigung; immassen erstens nicht nur der Vormund derer Minderjährigen von E. die Schuldforderungen des Wilhelm G. und Maximilian C. schon am 25 August 1687

für

für richtig anerkennt hat, sondern auch die Urthel vom 14 Nov. 1693 in dürren Buchstaben mit sich führet, daß der Paul Robert Freiherr von T. ein Judicatum von 10000 Rthlr. gehabt habe. Zum andern bewähret das am 25 August 1687 abgehaltene Protocoll, daß der Vormund derer Minderjährigen von E. zu der Versteigung abgeladen, und von selbigem all nöthiges seye verhandelet worden. So dann hat die Urthel vom 14 Nov. 1693 die Einrede, daß die Minderjährigen von E. ihres Vatters Erben nicht wären, um so rechtlicher verworfen, als die Schuld nicht von dem Vatter, sondern aus der von denen Groselteren versprochenen Heyrathsgabe herrührete, mithin der groselterlichen Erbschaft anklebte. Zu geschweigen, daß nicht einmahl erhelle, ob die Minderjährigen von E. damals, als ihr Vatter mit seiner Schwester sich verglichen, nemlich im Jahre 1669 bereits in der Welt gewesen seyen. Und endlich verdienet nicht einmahl berührt zu werden, ob der Gerichtszwang des Haupt-Gerichts zu Gülich gegründet gewesen seye; zumahlen daraus keine solche Verletzung erzwinglich, welche die Restitution bewürken kan, besonders wo der Vormund derer Minderjährigen von E. bei diesem Gerichte sich eingelassen hat.

§. 26.

Wann nun aus obigem allen sich zu hellen Tagen legt, daß der Revident zwey dritten Theilen des Hauses L. sich zuzueignen, und zu forderen befugt seye, falls er vorläufig sein einiger massen

in Zweifel gezogenes Erbfolgsrecht näher beausfündiget, so dann (worzu er bis dahin sich nicht einmahl anerbotten) der Revisæ die 6000 Rthlr. sammt den sonst abgetragenen Vermächtnüssen vergütet haben wird; so ist das dem Revidenten zugefügte Beschwer um so handgreiflicher, als die Revisa durch die Hof-Räthliche Urthel in possessorio salvo petitorio platter Dingen gehandhabt, mithin das dem Revidenten zukommende Recht entweder stillschweigend abgesprochen, oder doch wenigstens übergangen, und über die Urthel vom 28 Nov. 1736, als welche die Revisam nur nach Anlaß, oder Vorschrift des Codicills bey zwey dritten Theilen des Hauses L. belassen hat, weit hinausgeschritten worden.

§. 27.

Wessenthalben zu sprechen, daß Revisio wohl gebetten, die Strafgelder wiederzugeben, und die bei hiesigem Hof-Rathe am 22 Mertz 1768 eröfnete Urthel dahin zu reformiren, daß die Revisa von der angehobenen Klage, jedoch noch zur Zeit zu entledigen, und loszusprechen seye.

XVIII. Von

XVIII.

Von Bestimmung des erbschaftlichen Antheils.

§. 1.

Die mit Wilhelm Adolph Freiherrn von E. vermählte Florentina Catharina von V. hat in die Ehe eingebracht den von der Manncammer zu G. lehnrührigen Rittersitz Z., welcher von beeden Elteren am 18 Nov. 1725 dem ältern Sohne Johann Franz von E. zu dem Ende übertragen worden, damit selbiger von der Gülischen Ritterschaft aufgenommen, und zum Landtage konnte aufgeschworen werden.

§. 2.

Nach Absterben des Vatters Wilhelm Adolphs von E. wurde der Uebertrag von der Mutter so wohl, als denen Kinderen bestritten, und desfalls gerichtliche Klage angehoben, wovon aber nachgehends die Mutter, wie auch die mehresten Kinder abgelassen, dahingegen der jüngere Sohn Carl Caspar von E. selbige fortgesetzet hat. Dahero am fünften Sept. 1742 die Urthel erfolgte, daß Kläger mit der ad divisionem angehobenen Klage bis nach Absterben der Mutter abzuweisen, Beklagter anbei von der wider ihn angehobenen Alimentationsklage loszusprechen, die aufgegangenen Kosten jedoch gegeneinander aufzuheben seyen.

§. 2.

§. 3.

Kaum ware die Mutter am 21 Jenner 1743 verstorben; so weckte der jüngere Sohn den vorigen Rechtsstreit wieder auf, und würkte am dritten August 1747 eine Urthel des Innhalts aus, daß nemlich Kläger ex interdicto quorum bonorum bei dem Gute Z. una cum perceptis a morte matris noch zur Zeit zu einem vierten Theile in possessorio salvo petitorio zu handhaben, und das punctum cessionis des einen vierten Theils gleich auch collationis zu fernerer Begusfündigung vorzubehalten seye.

§. 4.

Als der Beklagte dawider anfänglich Revision begehrte, und selbige nachgehends in die Nichtigkeitsklage verwandelte; so wurde am 28 Junius 1749 zu Recht erkennt, daß die von dem Impetrant in der geschichtmäßigen Deduction sub num. 1 2 3 4 5 & 6 beygelegten angeblichen pacta familiæ, testamenta, & respective cessiones parentum, wie weniger nicht die ab impetrato in der Submißionsschrift sub num. 8 beigefügten Reversalien de annis 1725, & 1726 juncta dispositione paterna de anno 1729 salva eorundem re- & irrelevantia in originalibus ad agnoscendum, vel jurato diffitendum aufzulegen, und des Endes causæ referenti commissio zu ertheilen seye.

§. 5.

Der Impetrant begehrte vorläufig eine Erklärung dieser Urthel. Als nun selbige dahin ertheilt wurde, daß die jüngere Urthel petitorial seye; so revidirte der Impetrat davon, und erhielte dadurch am 18 Junius 1754 den Rechtsspruch, daß Revisio wohl gebetten, und der am 11 Dec. 1749 eröfnete Bescheid dahin zu reformiren, daß die am 28 Junius vorhin eröfnete interlocutoria dem eingeführten interdicto quorum bonorum gemäs pro possessoriali zu erklären seye.

§. 6.

Demnach ist von beeden Theilen auf die Befolgung der Urthel vom 28 Junius 1749 gehandelet, und nach einem sehr weitwendigen Schriftwechsel am 15 Jenner 1762 gesprochen worden, daß querela nullitatis theils wohl, theils übel gebetten, theils wohl, theils nichtiglich geurtheilet, mithin dem Implorant als einem bei der Gülischen Ritterschaft bekenntlich aufgeschworenen Ritterbürtigen in dem Rittersitze Z. das adeliche Vortheil vorzüglich zuzuerkennen, wegen der übrigen zu gemeltem Z. gehörigen Appertinentien aber es bey der am dritten August 1747 eröfneten Urthel zu belassen, jedoch causæ referenti commissio aufzutragen seye, ante executionem sententiæ punctum collationis, & debitorum paternorum zu instruiren, auch die Cessiones sich vorbringen zu lassen, und beede Theile bis zum Schlusse darüber zu vernehmen.

§. 7.

§. 7.

Von einigen Theilen dieser Urthel hat der Implorat, nemlich der Carl Caspar Freiherr von E. revidirt, und am 26 Jenner 1762 die gebettene Revision unentgeltlich erhalten, so dann nach dessen Absterben die hinterlassene Wittib in Betref des ihro während dem Rechtsstreit gebührenden Unterhalts eine Nebenirrung veranlasset, davon jedoch nachgehends abgelassen, und sogar sie sowohl, als die den minderjährigen Kinderen dahier angeordneten Vormünder auf die erhaltene Revision am 24 Mertz 1768 ausdrucklich verziehen.

§. 8.

Inzwischen hat der Implorant Johann Franz Freiherr von E. von der am 23 Jenner 1762 insinuirten Urthel des nemlichen Tags coram notario, & testibus zwar appellirt, am 16 Febr. des nemlichen Jahrs aber dahier ebenfalls Revision gebetten, und am 22 desselbigen Monats die Strafgelder erlegt, mithin die Nothfristen richtig beobachtet.

§. 9.

Bevorne ich in die Hauptsache eingehe, solle ich vorläufig annoch mit wenigen berühren, von welcher Art, und Gattung die am 28 Junius 1749 dahier eröfnete Urthel seye. Dieselbe ist zwar eigentlich eine so genennte Beyurthel, zugleich aber auch eine Abänderung der Urthel von dritten August

gust 1747; anerwogen erstlich die erlegten Strafgelder dem nunmehrigen Revident am dritten Julius 1749 wiedergegeben, und dadurch genugsam erkläret worden, daß die gebettene Nichtigkeitsklage würklich gestattet seye. Zum andern wie hätte die Mitheilung der von beeden Theilen übergebenen Schriften, so dann die Auflegung derer Urkunden anbefohlen werden können, wann nicht dabei festgestellt worden wäre, daß das eingeführte Rechtsmittel statt habe. Ferner ist nach, und in Gefolg der Urthel vom 28 Junins 1749 über Umstände, und Urkunden, welche vorhin nicht vorgekommen, gehandelet, gestritten, erkennt, und geurtheilt, mithin in diesem Stucke die Urthel vom 15 Jenner 1762 als eine neue, und erste Urthel anzusehen. Ueber dies waltet ausser allem Zweifel, daß, wann gegen eine unterrichterliche Urthel die Nichtigkeitsklage bei einem Reichsgerichte eingeführet, und nachgehends die unterrichterliche Urthel von dem Reichsgerichte bestättiget wird, alsdann im Falle, da von dem Unterrichter zu denen Reichsgerichten appellirt werden können, die Revision nach Vorschrift des jüngern

REICHS ABSCHIEDES §. 127.

wider die bestättigende Urthel des Reichsgerichts statt finde. Wannenhero auch in gegenwärtigem Vorfalle ein nemliches zu behaupten, mithin ohne fernern Aufenthalt zu Untersuchung der von dem Revident angeführten Beschwerden abzuschreiten ist.

§. 10.

Das erste wird darin gesetzet, daß dem Reviso ein Antheil des Ritter- und Lehnguts Z. in possessorio zuerkennt worden, ungeachtet die Elteren dem Revident dieses Gut bei Lebzeiten übertragen haben. So gewis es ist, daß die Elteren den Rittersitz Z. mit allen Zubehörungen am 18 Nov. 1725 übertragen haben, so wenig darf auch der Revident laugnen, daß er nicht allein am 24 Nov. des nemlichen Jahrs einen Gegenschein, Innhalt wessen der geschehene Uebertrag seinen Schwesteren, und Brüderen nicht nachtheilig seyn solle, ausgestellt, sondern auch am 27 Sept. 1726 selbigen Jahres nochmals bestättiget habe. Dawider wendet derselbe zwar ein, daß er damals minderjährig gewesen, und von dem Notarius wäre hintergangen worden. Alleine wann diesem also, warum hat dann der Revident nachgehends seine Schwestern abgegütet, und von denenselben sich die Antheile des Rittersitzes Z. übertragen lassen? Warum hat er die Ueberträgen in gegenwärtigem Rechtsstreit beigelegt, und sich darauf gegründet? Dadurch hat er ja deutlich zu erkennen gegeben, daß dem von denen Elteren geschehenen Uebertrage ungeachtet die erbschaftlichen Antheilen denen Schwesteren gebühren. Mithin kan er dem Bruder seinen Antheil um so weniger absprechen, je kündiger er nach denen Rechten verbunden, den von den noch lebenden Elteren übertragenen Rittersitz in die Theilung einzubringen, und einzuwerfen; zumalen er desfalls von der gemeinen Regel nicht die mindeste Ausnahm zu machen hat.

§. 11.

§. 11.

Alleine der Bruder (also lautet das zweite Beschwer) wäre misheirathet, und darum nach denen Geschlechts-Verträgen von der Erbschaft ausgeschlossen. Zu dessen Beweise wird erstens das von dem Grosvatter Johann Wilhelm von E. im Jahre 1656 errichtete Testament angeführet, worinnen enthalten, daß wann ein Kind gegen den Willen der Mutter, und nächsten Freunden sich misheyrathen würde, alsdann die Mutter Macht, und Gewalt haben solle, das Kind zu enterben. Wer wird aus dieser Macht, und Gewalt wohl folgeren, daß ein Kind, welches sich misheirathet hat, ohne die mütterliche Enterbung von der Erbschaft auszuschliessen seye? Zudeme da die Enterbungsmacht nur der Mutter mitgetheilet worden; so spricht von selbsten, daß das Testament nur von denen Kinderen, nicht aber von denen Enkelen, Urenkeleu, und so weiters zu verstehen seye. Ueber dies rühret der Rittersitz Z. obangeführter massen von der mütterlichen Seite her, mithin mögen die Verträgen des vätterlichen Stamms darauf sich nicht erstrecken. Eben vergeblich beziehet der Revident sich auch auf die elterliche Heyrathsverschreibung ab. Ist darinnen gleich versehen, daß die Kinder ohne Bewilligung derer Elteren keinen Stand anfangen, und falls unverhoffentlich ein Kind sich gegen den überlebenden ungeziemend verhalten würde, alsdann der letzlebende mit Zuziehung nächster Freunde von beeden Seiten, und derer Rath solches Kind, es seye vor, oder nach erreichten 25 Jahren, von der vätterlichen, und müt-

mütterlichen Erbschaft auszuschliessen, und zu enterben völlige Macht haben solle; so wird jedannoch kein Vernünftiger desfalls behaupten, daß ein Kind, welches sich misheirathet hat, ohne eine von dem letzlebenden verfügte Enterbung von der Erbschaft ausgeschlossen seye; anerwogen die Macht zu enterben dem letzlebenden nicht einmal platter Dingen verstattet, sondern auferleget worden, daß er Freunde von beeden Seiten zuziehen, und mit denenselben Rath pflegen solle. Da auch endlich das von denen Elteren am 11 Sept. 1711 errichtete Testament nach seinem ganzen Innhalt keinen andern Sinn, noch Verstand hat, dann daß der längstlebende vollkommene Macht haben solle, die Kinder, welche sich misheyrathen würden, von der vätterlichen, und mütterlichen Erbschaft auszuschliessen; so ist dasselbe dahier um so unerheblicher, als die überlebende Mutter den Revisum nicht enterbet, vielmehr gerichtlich erkläret hat, daß dem Reviso eben so, wie den übrigen Kinderen der erbschaftliche Antheil gebühre.

§. 12.

Zum dritten Beschwer wird aufgeführet, daß der Revisus nach Absterben des Vatters sich den Rittersitz V. für seinen erbschaftlichen Antheil eigenmächtig zugeeignet, mithin auf den Rittersitz Z. keinen Anspruch zu machen habe. Ich kann in der That nicht begreifen, wie ein halbredlicher Advocat sich erkühnen dörfe, dergleichen Sachen nicht allein einmahl anzugeben, sondern noch sogar zwöf- und zwanzigmahl als ein unaufhörender Guckkuk

zu wiederhohlen. Freilich hat der Revisus bei der Manncammer der Grafschaft G. am 11 Febr. 1732 angezeigt, daß durch Absterben des Vatters der Rittersitz V. ihme aus der Ursache anerfallen wäre, weilen sein ältester Bruder, das ist, der Revident den Rittersitz Z. geerbet hätte. Er hat aber zugleich hinzugefüget, daß der Rittersitz Z. vielmehr, als seines Bruders erbschaftlicher Antheil sich betrüge, werth, mithin die Theilung annoch vorzunehmen, und dabei alles zu berichtigen wäre. Wer wird also behaupten, daß der Revisus den Rittersitz V. für seinen erbschaftlichen Antheil angenommen, und sich damit begnüget habe? Zudeme ist der Rittersitz V. nach eigener der Mutter Erklärung mit vielen Schulden beschwert gewesen, und desfalls in Gefolg der am sechsten Nov. 1732 ergangenen Urthel gerichtlich versteiget worden. Hätte nun auch der Revisus diesen Rittersitz auf Abschlag seines erbschaftlichen Antheils angenommen; so mögte solches ihme jedannoch in Ansehung der Theilung um so weniger nachtheilig seyn, als eines Theils die Schulden, wegen welcher der Rittersitz V. versteiget worden, meisten theils elterlich gewesen. Andern Theils auch der Revident selbst gestehet, daß er nach der Versteigung mit einigen Glaubigeren sich verglichen, und dadurch noch ein Theil derer Kaufschillingen erhalten habe. Dadurch hat ja der Revident sattsam zu erkennen gegeben, daß der Rittersitz dem Reviso seye zugetheilet worden. Der Revident gibt zwar vor, daß er mit den empfangenen Gelderen elterliche Schulden getilget habe. Alleine bis dahin ist dieses

ses Angeben eben so wenig erwiesen, als jenes, daß der Revisus die Schulden, wegen welcher der Rittersitz V. versteiget worden, gemacht haben sollte. Gesetzt auch, daß letzteres wahr wäre; so könnte dadurch gleichwohl die Theilung nicht gehinderet, sondern bei der Theilung dem Reviso die selbstgemachten Schulden nur zu Last gelegt, und aufgerechnet werden.

§. 13.

Wann der Revident zu Gründung des vierten Beschwers anführet, daß er mit dem Rittersitze Z. am 20 Dec. 1727 belehnet, gegen den eigenen Vatter, als selbiger das Lehn mit Schulden beschweren wollte, am 15 April 1728 gehandhabet, von wegen dieses Rittersitzes bei der Gülischen Ritterschaft aufgeschworen, und von gegenseitiger Ansprache bereits im Jahre 1742 losgesprochen worden; so weiß ich wahrlich nicht, was dieses alles heissen solle. Ist der Revisus gleich ordentlich belehnet worden; so hat er nichts desto weniger nach denen Rechten das von den lebenden Elteren abgetrettene, und übertragene Lehn in die Theilung einzubringen, und einzuwerfen. Si enim pater ex feudis, quæ habuit, filio seniori unum cesserit, postea patre mortuo filius senior reliquis fratribus æquale jus succedendi in feudo habentibus, hoc sine dubio communicare debet. Quæ enim ratio collationis in allodialibus obtinet quoad successores allodiales, illa etiam obtinet in feudalibus quoad successores feudales.

STRYCK de S. A. I. *Dissert. XI. Cap.* 3. §.6.

Ein

Ein welches dahier um so mehr eintreffen mus, als das Lehngut Z. von der Mutter herrühret, mithin nicht allein in Ansehung derer Söhne, sondern auch derer Töchter zur Theilung gehöret.

BECK *de Collat. bonor. Cap. III.* §. 83.

Zum andern ist der Revident wider den Vatter nicht gehandhabet, sondern vielmehr dem Gerichtsschreiber der Manncammer anbefohlen worden, daß er Vatter, und Sohn zur Ruhe hinverweisen, und ermahnen solle, statt solcher unnöthigen Verdrieslichkeiten zu besorgen, daß das Lehnhaus in bessern Aufbau gestellet werde. Ferner wird zu Aufschwörung bei hiesigen Ritterschaften nur allein der Eigenthum der Sohlstatt, nicht aber der Eigenthum aller zu der Sohlstatt gehörigen Stucke erforderet. Da nun das adeliche Vortheil, und also auch die Sohlstatt dem Revident durch die jüngere Urthel vom 15 Jenner 1762 bereits zuerkennt worden; so mag der Revident in Ansehung seiner Aufschwörung dasjenige fernerhin nicht anforderen, was er schon würklich in voller Maaße erhalten hat. Endlich ist der Revident durch die Urthel vom fünften Sept. 1742 nur von den geforderten Unterhaltskosten losgesprochen, sodann der Revisus mit der in Betref der Theilung angehobenen Klage bis nach Absterben der Mutter abgewiesen, mithin die desfalls angehobene Klage einsweilig, und bis zum Absterben der Mutter nicht nur ausgestellt, sondern auch für diesen Fall ausdrucklich vorbehalten worden. Dahero auch der Revisus nach Absterben der Mutter seine in Be-

tref der vorzunehmenden Theilung vorhin zu voreilig angehobene Klage fortzusetzen aller Dingen befuget ist.

§. 14.

Das fünfte, und letzte Beschwer will daraus hergeleitet werden, daß ein würklicher, und bestimmter, nemlich der vierte Theil des Lehnguts Z. dem reviso seye zugesprochen worden. Dieses Beschwer hat einen zweifachen Vorwurf, wovon der erste ist, daß ein würklicher Theil solle zuerkennt worden seyn. Die hiesige Rechtsordnung

CAP. *XCIII*. §. zwischen den anderen. so dann die von

VOETS *Observ. Feud. XII.*

angezogenen Verordnungen gebiethen zwar, daß die Lehngüter bei Erbtheilungen nicht sollen vertheilt, noch verspliessen werden. Dawider gehen aber auch die Urthel vom dritten August 1747, und 15 Jenner 1762 nicht an, sondern enthalten nur, daß ein Theil des Lehnguts Z. dem reviso zuzusprechen seye. Dieses ware um so nöthiger, als der Revident aus verschiedenen Gründen behauptete, daß kein Theil des Rittersitzes Z. dem reviso gebühre. Dieweilen nun die angeführten Gründe von dem Gegentheile bestritten, und bei der Beurtheilung für unerheblich gehalten wurden, so muste der Urthel unumgänglich einverleibet werden, daß ein Theil des Rittersitzes Z.

dem

dem reviso zukomme, um dadurch beeden Theilen die Weisung, und Verbescheidung zu geben, wer in diesem Stücke, welches das Hauptstuck der gegenwärtigen Sache ist, Recht, und wer Unrecht habe. Daraus folget indessen nicht, daß der zuerkennte Theil würklich, und thätlich abgetretten werden müsse; anerwogen dem Revident nicht abgesprochen, noch benommen, in Gefolg der hiesigen Rechten zu Vergütung, und Ersetzung des Werths sich anzubieten, wie auch nach geschehener würklichen Abtrettung des Ergänzungsrechtes sich zu bedienen. Mithin ist der erste Theil des Beschwers nur allzuvoreilig, und ganz vergeblich.

§. 15.

Der andere Theil stehet dahingegen auf besserm Grunde, und Boden. Da nemlich die jüngere Urthel vom 15 Jenner 1762 enthaltet, daß dem nunmehrigen Revident, als einem bei der Gülischen Ritterschaft bekenntlich aufgeschworenen Ritterbürtigen in dem Rittersitze Z. das adeliche Vortheil vorzüglich zuzuerkennen, wegen der übrigen zu gemeltem Rittersitze gehörigen Appertinenzien aber es bei der am dritten August 1747 eröfneten Urthel zu belassen seye; so ist dadurch jener Innhalt der Urthel vom dritten August 1747 bestättiget worden, nach welchem der revisus bei dem Rittersitze Z. zu einem vierten Theile solle gehandhabet werden. Nun hab ich oben zwar ausgeführet, und beharre noch unabwendig dabei, daß der erbschaftliche Antheil dem reviso ausdrücklich zuzusprechen seye. Inmittels aber

kan ich meines wenigsten Orts nicht finden, wie es möglich seye, diesen erbschaftlichen Antheil schon würklich zu bestimmen, und festzustellen. Der Revident hat vorgegeben, daß sieben Kinder gewesen, wovon seine mit dem Freyherrn Wilhelm Adolph von Q. verheirathete Schwester Maria Anna, desgleichen die beeden geistlichen Schwestern Maria Francisca, und Cunigunda, so dann die unverheirathete Schwester Maria Bernardina ihme ihre erbschaftlichen Antheilen übertragen, dahingegen die mit dem Maximilian Anton von N. verheirathet gewesene, und vor der Mutter ohne Leibserben verstorbene Maria Theresia von ihme den Heyrathspfenning geforderet, und bei ihrem Absterben nichts hinterlassen, also daß er genöthiget gewesen wäre, die Begräbnüß Kosten anzuwenden, und vorzuschiessen. Der vor der Schwester Maria Bernardina geschehene Uebertrag ist von dem Revident am 18 Dec. 1743, mithin vor der Urthel vom dritten August 1747, dahingegen der von der Schwester Maria Francisca geschehene Uebertrag am achten Jenner 1748, so dann der von der Schwester Cunigunda geschehene Uebertrag am 15 May 1748, und endlich der von der Freyfrau, und Freyherrn von Q. geschehene Uebertrag am 23 May 1760 von dem Revident übergeben, und von dem reviso gegen den Uebertrag der Schwester Cunigunda, und Freyfrau von Q. nichts, gegen die anderen aber eingewendet worden, daß die mit dem Maximilian Anton von N. verheirathet gewesene Schwester Maria Theresia, wie auch die Schwester Maria

Ber-

Bernardina vor der Mutter verstorben, und der Uebertrag der geistlich gewordenen Schwester Maria Francisca mit Bewilligung derer Elteren nicht geschehen wäre. Wann nun die jüngere Urthel desfals verordnet, daß causæ referenti commissio zu ertheilen seye, ante executionem sententiæ punctum collationis, & debitorum paternorum coram protocollo zu instruiren, auch die cessiones sich vorbringen zu laßen, und beede Theilen darüber bis zum Schlusse zu vernehmen; so folget von selbsten, daß eines Theils die von dem Revident in Betref der schwesterlichen Ueberträgen gemachte Einrede angenommen, und dahero andern Theils noch ganz ungewis seye, ob dem Reviso ein vierter, oder aber nur ein sechster Theil gebühre. Unmöglich kan also zusammen stehen, den Revisum bei einem vierten Theile schon würklich zu handhaben, und dabei zugleich zu untersuchen, ob dem Reviso der vierte Theil, oder aber nur ein sechster Theil zukomme. Hätte aber einsweilig etwas verfüget werden wollen; so wäre der Revisus noch zur Zeit nur bei einem sechsten Theile zu handhaben gewesen; immassen die schwesterlichen Ueberträgen nicht verabredet, die dawider gemachten Einreden nicht erwiesen, noch ausser Zweifell gestellt, daß die elterliche Einwilligung erforderet werde, wann ein Kind, welches sich in ein Closter begiebt, einem von seinen Geschwisteren sein Erbrecht übertragen will. Immittels wäre auch eine solche einsweilige Verordnung um so unschicklicher als es dahier nicht allein um die Handhabung bei dem erbschaftlichen Antheile, sondern

dern zugleich um die Theilung der Erbschaft, und die Einwerfung derer Güter in die gemeine Erbschaft zu thun ist. Woraus dann, gleichwie zu hellen Tagen lieget, daß das Interdictum quorum bonorum mit der actione familiæ erciscundæ verpaaret, und vermischet worden, also auch nach Vorschrift der

L. 1. §. 1. π. Famil. ercisc.

vorläufig untersucht, und berichtiget werden mus, welcher Antheil dem Reviso als Kläger, und hinwiederum welcher Antheil dem Revident als Beklagten zukomme.

FABER *in Rational. ad L. 1. §. 1. π. Famil. ercisc. lit. a. & e.*
WESENBECIUS *in Pand. Lib. X. Tit. 2. num. 4.*
BOEHMER *de Action. Sect. II. Cap. 3. §. 56.*

§. 16.

Wannenhero zu sprechen, daß Revisio theils wohl, theils übel gebetten, dahero die Strafgelder wiederzugeben, und die am 15 Jenner 1762 dahier eröfnete Urthel dahin, daß der Revisus, nunmehro dessen Erben bei dem erbschaftlichen Antheile des Rittersitzes Z., jedoch ausschlieslich des dem Revident bereits vorzüglich zuerkennten adelichen Vortheils zu handhaben, zu reformiren, in allen übrigen Theilen aber zu bestättigen, und in deren Gefolg ferner zu verfahren seye.

XIX. Von

XIX.

Von Statutarischer Nutzniessung derer Fideicommißgüter.

§. 1.

Am 17 Julius 1762 ist bei dem kayserlichen, und Reichs-Cammer-Gerichte in Sachen verwittibten Freifrauen von M., und Consorten Klägeren eines, wider Maria Anna Sophia, und Maria Regina Fräulein von M., sodann verwittibte Gräfin von A., und Consorten in actis benennt beklagte andern Theils citationis ad videndum instrui & terminari causam &c. in petitorio gesprochen worden, daß das von weyland Freiherr Carl Hugo von M. mit- und nebst seiner Ehegemahlin im Jahre 1722 zum faveur des Mannstammes errichtete pactum, und fideicommissum familiæ durch erfolgtes Absterben ihrer drey Söhnen ohne männlich Erben, und damit völlig ausgestorben, als von selbsten verfallen zu achten, folglich die Erbfolg, und Ruckfall denen vier Töchteren der fideicommittirenden Elteren mit- und nebst denen von dem ältesten Sohn Hugo Franz Wolff hinterlassenen drey Töchteren in den mit dem nexu fideicommissi vormals verhaftenden, und verziehenen Güteren zuzuerkennen, mithin selbige allerseits als sammt Erben zu erklären seyen, dergestalt, daß vordersamst das dem ehemalig-zweyten Sohn Damian Emmerich Freiherr von

M.

M. von denen Elteren zum Pflichttheile zugelegte, nachmals aber der Schulden halber subhastirte, und von des ältisten Sohns Töchteren titulo singulari, & oneroso wiederum eingelöste Haus M. sammt Zubehör, als zur Erbschaft eigentlich weiter nicht mehr gehörig anzusehen, so fort aber die sämmtliche übrige fideicommissarische Güter in sechs Stamtheilen zu vertheilen, davon des ältisten Sohns Hugo Franz Wolff drey Töchtere zusammen ein Stammtheil, sodann der fideicommittirenden Elteren vier Töchtere, oder derer Erben, und Donatarien vier Stammtheilen zuzuscheiden, hingegen des jüngsten Sohns weiland Dohm-Capitularn Ferdinand Freyherrs von M. völlige Erbportion als der sechste Stammtheil noch zur Zeit, und in so lang, bis, und dan über die Gültigkeit, oder Ungültigkeit dessen hinterlassenen letzten Willensverordnung weiterhin rechtlich verfahren, und richterliche Erkenntnüß erfolgen wird, annoch auszustellen seye; als wir hiemit für verfallen achten, zuerkennen, erklären, zuscheiden, und ausstellen. Dann wird beeden Theilen zu Berichtigung die beyderseits in Händen habende documenta erforderlichen Falls eidlich gegeneinander zu ediren auferlegt, demnächst beyderseitigen Anwälden Licentiat Bissing, und Licentiat Brandt, was ihre Principalschaft sowol wegen vorgedachter streitiger Disposition des Lothar Ferdinand von M., als auch wegen sämmtlicher übrigen aus denen respectivè elter- und groselterlichen Hauptdispositionen von 1722 bis 1727, wie auch aus denen Nebendispositionen von Jahren 1738, und

1739,

1739, imgleichen des weiland Hugo Franz Wolff hinterlassene verwittibte Ehegemahlen vor sich, und ihren Kinderen aus ihren 1728 errichteten pactis dotalibus gegeneinander formirende Forderungen, und Gegenforderungen nach nunmehr entschiedener präjudicial Frage fernerweit zu handelen, und auszuführen vermeynen, Zeit drey Monath pro termino, & prorogatione von Amtswegen angesetzt, danebens aber allerseitige hiebei intereßirte Theile sich über diese annoch weitschichtige, und kostspaltige, auch durch die hinc inde ergriefene Besitznehmungen in vielfache Verwirrung gerathene Streitpuncten, so, wie es sich unter so nahen Blutsverwandten ohnehin geziemet, und gebühret, aus ins besonder der elterlichen Willensverordnung gemäs ist, gütlich miteinander zu vertragen, ernstlich errinneret, und bleibet denenselben, ob sie wollen, den Weeg der Güte bei diesem kayserlichen Cammer-Gerichte nachzusuchen, und anzugehen unbenommen, sondern vorbehalten.

§. 2.

Einige Zeit darnach nemlich am 15 Jenner 1765 stellte die verwittibte Freifrau von M. bey hiesigem Hofrathe vor, daß jene Frage: ob von den Gülich- und Bergischen so fideicommiß- als anderen von ihrem Ehegemahle hinterlassenen Güteren die Nutzniessung ihro gebühre? bei dem kaiserlichen, und Reichs-Cammer-Gerichte nicht vorgekommen, sondern ein besonderer Punct seye, welcher dahier in erster Instanz müste beurtheilet

werden.

werden. Da inzwischen ihre Schwägerinnen, welche bei dem Cammer-Gerichte den beklagten Theil abgegeben, von allen Güteren die Pfächte eigenmächtig einnehmeten, und ihro verenthielten; so bittete, denenselben alles eigenmächtiges Verfahren zu untersagen, dahingegen sie bei der Nutzniessung aller von ihrem Ehegemahle nachgelassenen Güteren kräftig zu handhaben.

§. 3.

Die Beklagten wendeten dawider ein, daß gleichwie durch die Cammergerichtliche Urthel das Fideicommis für erloschen erklärt, und vier sechste Theilen von denen Fideicommißgüteren ihnen zuzutheilen verordnet worden; also die anverlangt werdende Nutzniessung schon abgeschlagen seye, welche ohnehin in Fideicommißgüteren keine statt hätte.

§. 4.

Indeme die Klägerin mittler Weile verstürbe; so wurde die Sache von deren hinterlassenen Töchteren fortgesetzet, und am 21 Febr. 1767 dahin entschieden, daß daß von Beklagten auf das Haus M. am vierten Febr. 1765 erhaltene Mandatum manutenentiæ hinwiederum einzuziehen, fort selbige ad refusionem expensarum anzuweisen, sodann Klägerinne die Nutzniessung derer Fideicommißgüter pro tempore viduitatis defunctæ matris zuzuerkennen, mithin Beklagte zum Ersatz des mittler Weile gehabten Genusses zu con-

condemniren, die aufgegangene Kosten aber gegeneinander aufzuheben seyen.

§. 5.

Von dieser am zweiten Mertz 1767 insinuirten Urthel haben die Beklagten am 10 selbigen Monats zu dem kayserlichen, und Reichs-Cammer-Gerichte appellirt, nachgehends aber die Berufung am dritten Junius 1767 bei hiesigem Ober-Appellations-Gerichte eingeführt, am 15 Sept. des nemlichen Jahrs processus erhalten, am 22 selbigen Monats den libellum übergeben, und am 30 ersagten Monats die Acten voriger Instanz beigebracht, mithin die Nothfristen richtig beobachtet.

§. 6.

Sodann erinneren dieselben vorläufig an, daß der Freiherr Zeno von D. Namens seiner verlebten Ehegemahlinnen, wie auch seiner minderjährigen Kinder an gegenwärtiger Sache zwar Theil, bis dahin aber darzu sich nicht bekennt, mithin die Klägerinnen von demselben vor allem eine Vollmacht beizubringen hätten. Darauf antworten die Appellatinnen ganz wohl, und rechtlich, daß wann ihr Schwager der Freyherr Zeno von D. an der Sache keinen Theil nehmen wollte, nichts destoweniger sie befugt seyen, ihre erbschaftlichen Theile nachzusuchen. Die Appellatinnen können ja ihren Schwager, wann selbiger nicht will, nicht zwingen, daß er an der Sache

Theil

Theil nehmen solle. Dahingegen kan auch dieser nicht verhinderen, viel weniger seinen Schwägerinnen verbieten, die von der Mutter eingeführte Klage für ihre erbschaftlichen Antheile fortzusetzen. Zudeme haben die Appellantinnen ihre eigenen Mitbetheiligten bis dahin nicht einmal nahmhaft gemacht. Wie wollen sie also denen Appellatinnen Gesetzen vorschreiben, welchen sie selbst nicht nachleben. Jedoch will ich mich hiebey nicht länger aufhalten; zumalen aus denen Rechten nur allzu bekennt, quod actiones, & nomina ipso jure jam divisa sint.

L. 2. §. 5. & L. 4. π. Famil. hercisc.

§. 7.

Zum andern berufen die Appellantinnen sich auf Acten vom Jahre 1754 ab, woraus erhellen solle, daß von derer Appellatinnen Mutter schon der Zeit der Nutzniessung halber seye gehandelet worden. Alleine wann auch schon der Zeit wegen der Nutzniessung ein Rechtsstreit obgewaltet, ist selbiger darum entschieden? Dieses dörfen die Appellantinnen selbst nicht einmahl behaupten, sondern fügen vielmehr ihrer Geschichts-Erzählung hinzu, daß derer Appellatinnen Mutter, umwillen selbige ihre Absichten dahier nicht erreichen können, den Weeg nach dem kayserlichen, und Reichs-Cammer-Gerichte gesuchet, und daselbst ex capite bonorum in diversis territoriis sitorum citationem ad videndum instrui, & terminari causam ausgebracht habe. Worzu sollen dann die vor-

vorherigen Acten vom Jahre 1754 dienen; zumalen nach eigenem derer Appellantinnen Angeben die Sache nicht bei hiesiger Canzley, sondern bei dem Cammer-Gerichte solle entschieden worden seyn.

§. 8.

Zu dessen Behauptung beziehen die Appellantinnen sich auf die Cammergerichtliche Urthel ab, als welche in dürren Buchstaben bei sich führet, daß die sämmtlichen Fideicommißgüter in sechs Stammtheile zu vertheilen, davon des ältesten Sohns Hugo Franz Wolff drey Töchteren zusammen ein Stammtheil, so dann der fideicommittirenden Elteren vier Töchteren, oder derer Erben, und Donatarien vier Stammtheile zuzuscheiden seyen. Ja so lauten zwar die Worten der Urthel. Dahingegen aber vermeldet die nemliche Urthel ferner, daß beederseitigen Anwälden, was ihre Principalschaften sowohl wegen der strittigen Disposition des Lothar Ferdinand Freyherrs von M., als auch wegen sämmtlich-übriger aus den respective elterlich- und großelterlichen Hauptdispositionen vom Jahre 1738 und 1739, imgleichen des weiland Hugo Franz hinterlassene verwittibte Ehegemahlin für sich, und ihre Kinder aus ihren im Jahre 1728 errichteten pactis dotalibus gegeneinander formirenden Forderungen, und Gegenforderungen nach nunmehro entschiedener Präjudicialfrage fernerweit zu handelen, und auszuführen vermeynen, Zeit drey Monaten pro termino, & prorogatione von Amtswegen angesetzet seye. Ist nun bey dem Cammergerichte

nur

nur die Vorfrage entschieden, ob das fideicommissum familiæ erloschen seye, oder nicht. Solle demnach über die aus den elterlich- und respectivè großelterlichen Verordnungen, wie auch aus der Heyrathsverschreibung, welche der Hugo Franz mit seiner Ehegemahlinne, das ist, der jetzigen Appellatinnen Mutter errichtet, zu machenden Forderungen, und Gegenforderungen noch erst gehandelet werden; so folget ja unhintertreiblich, daß die Frage von der Nutznieſſung bey dem Cammer-Gerichte nicht entschieden, sondern einer nähern Entscheidung seye überlassen worden. Dahero auch annoch zu erörteren, ob der hiesige Hofrath die zum Spruche übergebene Frage wohl, oder übel entschieden habe.

§. 9.

Bekennter massen ist noch eine unentschiedene Rechtsfrage, ob in jenen Landen, wo die Rechten, und Gewohnheit dem letzlebenden Ehegatte die Nutznieſſung zusprechen, ebenfalls die Nutznieſſung von Fideicommißgüteren gebühre. Meines Orts pflichte ich denenjenigen Rechtsgelehrten bei, welche diese Frage mit Nein beantworten Tum quod ejusmodi bona regulariter ad personas extraneas transire non possunt *l.* 1 14. §. 14 *& seq. ff. de Legat.* 1. Uxorem autem haberi pro persona extranea textus est expressus *in Novell. de testam. imperfect.* 107 *C.* 1 *vers. si tamen aut uxori.* Tum quia si aliter diceremus, vix esset, ut hæc bona non alienarentur, *l. ult. Cod. de reb. alien. non alienand.*

nand. Bona autem fideicommisso, & restitutioni supposita regulariter non possunt alienari.

BERLICH *Part. III. Concl.* 26 *num.* 36.

Welchem ich noch beyfüge, was

WAMESIUS *Consil. de jure Pontif. Tom. II. Cons.* 406. *num.* 7. *& seq.*

schreibt: Dicimus per fideicommissi impositionem impediri usumfructum, qui jure connubii acquiritur, ita, ut magis inspiciamus, quid voluerit ille, qui legavit, & reliquit, quique suæ liberalitati legem, quam voluit, dicere potuit, *l. Legem de pactis;* quique nulla necessitate, sed mere liberaliter legavit; quam quod est in consuetudine, quæ suam vim exercet tantum in iis bonis, quæ pleno jure proprietatis defuncti conjugis fuerunt; & quorum proprietatem mors ipsa non abrumpit. Jam vero constat, bona fideicommisso in casum mortis subjecta, hæredis quidem esse, quam diu vivit; sed eo mortuo restituenda, cui testator restitui jussit, sic ut, si effectum & exitum respiciamus, vere usumfructum tantum habuerit, qui morte finitur, & non transmittitur *l.* 3. §. *fin. Quib. mod. usus f. amit.* Et ut hoc certiore demonstratione demonstretur in immobilibus bonis mariti, similis est usus-fructus ille, qui ex jure communi debetur patri in bonis adventitiis filii-familias, *l. fin. C. de bonis, quæ liber.* Nunc autem constat, usumfructum patris impediri, seu resolvi, si filius-familias

familas institutione, aut legato honoratus, rogatus, aut jussus sit restituere post mortem tertio *l. cum filiofam. De leg.* 1 *Authent. Excipitur C. de bonis, quæ liberr.* cum quod pleno, ac irrevocabili jure filiifamilias est, neque emancipatione, neque morte filiifamilias exeat usumfructum patris. *l. fin. in fine C. Communia de success. Gloss. l. 2. & ib. Bart. C. de bonis maternis.* Ut mirum videri non debeat, si dicamus, jure connubii non deberi usumfructum earum rerum, quæ morientis conjugis pleno, irrevocabilique jure non fuerunt, & quorum restitutione in casum mortis gravatus fuit, satisque sit in proposito, quod in fraudem consuetudinis nihil machinatus sit Joannes, & unicuique liberum sit suæ donationi, & liberalitati legem dicere, quam velit. Ueber dies ist durch Erlöschung des Mannstamms derer Töchter Erbrecht, welches durch das Fideicommiß so lange, als der Mannstamm stunde, bey Seiten gesetzet ware, in seine vorige Stelle dergestalt wieder eingetretten, als wann kein Fideicommiß wäre vorhanden gewesen. Ich sehe dahero nicht, aus welchem Grunde die Wittib des verlebten Fideicommißbesitzers die Nutznießung von den denen Töchteren zugefallenen erbschaftlichen Antheilen forderen wolle; zumalen eines Theils denen Töchteren schon schwer, und hart genug gefallen, daß sie so lange, als der Mannstamm gestanden, von ihrem erbschaftlichen Antheile nichts geniessen können. Wann auch andern Theils (wie

MO-

MOLINA *de Hispan. Primo. gen. Lib: I. Cap.* 19. *num.* 5 & 20.

von Majoraten, und

KNIPSCHILDT *de Fidei. comm. Cap. IV. num.* 19. & *Cap. X. num.* 4.

von Familien Fideicommissen schreibt) der auf das Leben des Besitzers eingeschränkte Eigenthum mit dem Absterben aufhöret, und gleich auf den nächsten Nachfolger des Fideicommisses übergehet, mithin alles gerechtsam, welches jemand von dem verstorbenen Besitzer herleitet, zerfallt, und verschwindet; wie viel mehr wird dieses in dem Falle statt haben, wo mit ausgestorbenem Mannstamme das Fideicommiß zugleich erstorben, und die erbschaftlichen Antheilen denenjenigen, welche durch das Fideicommiß davon ausgeschlossen worden, wieder zugefallen; zumalen vernünftiger Muthmassung nach derer Elteren, welche das Fideicommiß gestiftet, Sinn, Meynung, und Willen nicht gewesen, daß die Wittib des letzten Besitzers noch so gar nach erloschenem Fideicommiß von den denen Töchteren zugefallenen erbschaftlichen Antheilen die lebenslängliche Nutzniessung haben, und behalten solle.

§. 10.

Für die gegenseitige Meynung führet

PECK *in Comment. ad Reg. Jur. Canon. Regul. LXXX. num.* 6.

zwar an: Sicut jura, vel testamenta loquentia

de prohibita alienatione, non extendunt ſe ad alienationem legalem *l. 2. ff. de rebus eorum. Fulgoſius cons. 20 lib. 2.* Ita quoque ſe non porrigunt ad alienationem ſtatuto, vel conſuetudine permiſſam, & maxime quidem cum agitur de favore matrimoniorum, propter quem etiam res fideicommiſſo ſubjectæ alienantur. *Jas. cons. 167 lib. 1 auth. res. quæ C. communia de legat. & fideicomm.* cenſeturque is, qui res ſuas ſideicommiſſo ſubjecerit, & expreſſe contrarium non dixit, voluiſſe accommodare ſuam voluntatem ſecundum ſtatuta, & conſuetudines loci, in quo agit. *l. quæro §. inter ff. locati. Alciat. reg. 3. præſumpt. cap. 32* quæ in teſtamenta, & contractus influere ſolent. *Bald. ad l. de precib. Co. de impub. & alim. ſubſt.* videturque hæc eorum eſſe cogitatio, ut ſufficere arbitrentur, quod proprietas bonorum alienari non poſſit, & ad agnatos deveniat, uſufructu tamen conſuetudinario, ſuperſtiti conjugi relicto, ne is alioqui graviter decipiatur. Et qui permiſit bona ejusmodi vel in dotem, vel in donationem propter nuptias venire: utique permiſiſſe quoque videtur, eam ſecundum naturam dotium vel donationis in loco dotis, & donationis conſtitui, adeoque & ſuperſtes juxta materiam ſubjectam, prædictaque ſtatuta, ea utatur, & fruatur. Etenim diſpoſiito generalis debet intelligi ſecundum naturam rei, de qua loquitur, *l. 1 ff. de offic. procur. Cæſar.* etiam in materia ſtricti juris. *Cuman. conſi. 242.* Nam

(ut

(ut ait Aymo *consil.* 186 *num.* 7) nisi permitteretur id superstiti, non facile invenirent puellæ maritos, quarum bona essent fideicommisso gravata, utpote quarum morte, neque quoad proprietatem, neque quoad usumfructum, ullum emolumentum sperarent mariti, ipsæ vero mulieres e contra, maritorum morte amplam possiderent hereditatem, amplissimoque usufructu beatiores forent. Unde testator qui voluit unum, censetur voluisse illud, sine quo contractus matrimonii commode explicari non potuisset, sicut in simili dicimus, quod concesso uno censentur quoque concessa esse omnia, quæ licet non sint necessaria, tendunt tamen ad illius actus faciliorem executionem. *Decius ad ca. præterea de offi. de leg.* Et licet in articulo mortis illius personæ, quæ gravata est de restituendo, ipsum fideicommissum vires suas exercere incipiat, & lex fingat directe a testatore transmitti bona in eum, cui restituenda erant: illud tamen ita accipiendum, & intelligendum est, nisi vel constitutionum autoritas, quibus statuta exæquantur, vel mens conjecturata defuncti aliud suadet, quantumvis hoc verba non habeant. Alleine dieses alles schickt sich, wie

MEAN *Part. IV. Observ.* 482 *num.* 6

bereits angemerket, nur auf den Fall, wann entweder die Eheleute selbst, oder aber derer Elteren bei der Verheirathung des Kindes ein Fideicommiß

Deicommiß errichtet haben. Conjuges enim (schreibt vorbelobter

MEAN *cit num.* 6)

vel pro iis parentes constituentes pacto dotali fideicommissum, non censentur excludere usumfructum, qui superstitis dotalitium est ex consuetudine, nisi de alio dotalitio superstiti prospexerint, ut bene considerat *Peckius d. cap.* 6 *in fine.* Secus autem dicendum est in bonis testamento parentum fideicommisso gravatis, quia ad conjuges non respexit ille, qui constituit fideicommissum, sed ad eum casum, quo filia sine liberis moreretur, qui etiam non finito matrimonio evenire potest

§. 11.

Zu dessen Bestättigung füge ich annoch hinzu, daß wann zukünftige Eheleute, oder namens dererselben die Elteren in der Eheberedung ein Fideicommiß errichten, und dabei die Nutzniessung ausdrücklich nicht ausschliessen, alsdann dieselben in Betref der Nutzniessung es bei dem Landsrechte, welches dem Letzlebenden die Nutzniessung zueignet, belassen; zumalen die zukünftigen Eheleute die Landesrechten wissen, oder doch wissen müssen, mithin der Anordnung des Landesrechts alldasjenige stillschweigend unterwerfen, was sie nach der ihnen zukommenden Gewalt davon ausdrücklich nicht ausnehmen, noch abänderen. Ein nemliches aber kan von jenem Falle nicht gesagt werden, wann die Elteren in ihrer letzten Willens=

Willens = Verordnurg, oder sonst anders ein Fideicommiß stiften. Unsere Landesordnung vermeldet nemlich nicht, daß der letzlebende Ehegatt die Nutzniessung von Fideicommißgüteren haben solle. Stiften nun die Elteren ein Fideicommiß, ohne den Beysatz, daß dem letzlebenden Ehegatte ihrer bereits verheiratheten, oder künftighin sich verheirathen werdenden Kinder die Nutzniessung von denen Fideicommißgüteren nicht gebühren solle; so kan man nicht sagen, daß die Elteren der Anordnung des Landesrechts den nicht ausgedruckten Fall unterworfen haben. Vielmehr ist rechtlich zu schliessen, daß gleichwie die Elteren dem Letzlebenden die Nutzniessung ausdrücklich nicht vorbehalten haben, also es dieserhalben bey dem gemeinen Rechtssatze, nach welchem von Fideicommißgüteren keine Nutzniessung einem dritten, oder Fremden gebühret, belassen worden seye; zumalen unsere Rechtsordnung

CAP. *CVIII.*

also endiget „Alles aber, was in dieser unser
" Rechtsordnung, und Reformation nicht aus=
" drücklich versehen, und verordnet, soll nach
" gemeinen beschriebenen Rechten, Privilegien,
" und Landesgebrauche hinfürter gehalten wer=
" den.

§. 12.

Desfals werden auch die zukünftigen Eheleute um so weniger hintergangen, als ein jeder zum voraus schon weiß, oder doch wissen mus, daß

daß die Elteren freie Macht, und Gewalt haben, über ihr Vermögen, das Pflichttheil ausgenommen, zu verordnen, und also auch ein Fideicommiß zu stiften. Mithin mus derjenige, welcher sich verheirathen will, entweder diesem Schicksaale sich überlassen, oder eine solche Braut aussuchen wobei keine Fideicommißstiftungen zu befahren seind; zumalen ein Kind nicht zu dem ganzen elterlichen Vermögen, sondern nur allein zu dem Pflichttheile ein gegründetes Recht hat. Woraus dann weiters folget, daß ein von denen Elteren gestiftetes Fideicommiß für ein rechtmässiges, und wahres Ehehindernüß um so weniger gehalten werden möge, als man widrigen fals die Gesetze selbsten beschuldigen könnte, daß sie denen Elteren eine nachtheilige, und dem gemeinen Weesen schädliche Macht verliehen hätten. Gesetzt auch, daß die Elteren so gar das Pflichttheil mit einem Fideicommiß beschwerten, und die Kinder räthlicher erachteten, das Fideicommiß anzuerkennen, als dem übrigen aus der elterlichen Verordnung ihnen zufliessenden Vortheile zu entsagen; so könnte alsdann nicht einmal das Fideicommiß als eine Hinderung der Ehe angesehen werden. Jedoch worzu dieses alles? Dahier ist ja die Frage nicht von der Nutzniessung des kindlichen Antheils, welcher den jetzigen Appellatinnen als Erben ihres verstorbenen Vatters verbleibet, sondern von der Nutzniessung der durch Erlöschung des Mannstamms denen Appellantinnen zugefallenen Antheilen. Dahero ich mich auch entübrige, dermalen die Richtigkeit dessen zu untersuchen, was MEAN

MEAN *Part. I Observ.* 76 *num.* 11

schreibt: Doarium, seu dotalitium constitui potest super bonis fideicommisso subjectis, etiam adjuncta prohibitione de non alienando. *Louvet en ses arrest. litt. D. arrest.* 21 *& ex eo Barry de Success. Lib.* 8 *tit.* 3. *num.* 30 sed in subsidium, & deficientibus aliis bonis: item quando is, qui constituit doarium, descendit a testatore in linea descendenti, secus in collaterali: deinde in liberis primi gradus id admittitur, non in liberis liberorum.

§. 13.

Ob übrigens gleich bei hiesigem Hof-Rathe nach Zeugnüsse des

SCHÜTZ *de Usufr. Cap. II.* §. 18

in sachen Virmond Namens seiner Ehegemahlinnen von der Horst zum Haus wider Horst Drosten zu Uloto, so dann am achten Nov. 1759 in Sachen Gebrüderen Heidmann wider Gerard Böhner anders gesprochen worden; so mag diesem jedoch um so weniger nachgefolget werden; je ausdrücklicher das Gesetz vermeldet. Nemo judex, vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum, & multo magis sententias eminentissimorum præfectorum, vel aliorum procerum (non enim si quid non bene dirimatur, hoc & in aliorum judicum vitium extendi oportet: cum non cxemplis, sed legibus judicandum sit,

fit, neque si cognitionales sint amplissimæ præfecturæ, vel alicujus maximi magistratus prolatæ sententiæ: sed omnes judices nostros veritatem & legum, & justitiæ sequi vestigia sancimus.

L: 13. *Cod. de sentent. & interloc.*

Zudem ist die Geschichte der Sache von dem

SCHUTZ *cit. loc.*

nicht einmal angeführt, mithin auch nicht zu ermessen, ob gegenwärtiger Vorfall dem andern vollkommen gleiche. Die Sache derer Gebrüder Heidman wider Gerard Böhner dahingegen verhält sich folgender massen: Der Peter Heidman hat eine Tochter Helena Cristina, so dann seiner verstorbenen Tochter hinterlassenen Enkel zu erben eingesetzt mit dem Bedinge, daß wann der Enkel ohne eheliche Leibeserben sterben würde, alsdann die Tochter Helena Cristina dessen Antheil haben, hinwiederum der Enkel alle Hinterlassenschaft erben solle, wann die Tochter ohne eheliche Leibserben mit Tode abgehen würde. Da nun die Tochter Helena Cristina nach Absterben des Vaters im August 1757 mit Gerard Böhner sich verheirathet, und in demselben Monat zugleich das zeitliche verlassen hat; so ist über die Nutzniessung Streit entstanden, und selbige dem letzlebenden Manne Gerard Böhner zuerkennt worden. Hieraus ergiebt sich ganz klar, daß dieser Vorfall dem untergebenen in keinem Theile ähnlich seye.

§. 14.

§. 14.

Welchem allen nach zu sprechen, daß durch Richter voriger Instanz übel gesprochen, wohl davon appellirt, dahero sothane Urthel zu reformiren, mithin zu sprechen, daß die Appellantinnen von der wegen der Nutzniessung von derer Appellatinnen verstorbener Mutter angehobenen Klage, als viel die Fideicommißgüter anbetrift, loszusprechen, und zu entledigen seyen.

XX.

Von Churmedlehnen, und derer Gerechtsamen.

§. 1.

Das frey = adelich = weltliche Stift zu G. besitzet in dem Amte M. den so genennten Hof zu D., welchem ein Hobs = oder Hofgericht anklebig ist.

§. 2.

Als der Schulteiß dieses Gerichts vor einiger Zeit denen Hobsleuten sub pœna caducitatis aufgabe, alle zu ihren Güteren gehörigen Aecker, Wie=

Wiesen, Weyeren, Büschen, wie auch die Schulden, womitten dieses, oder jenes Stuck beschweret, klärlich auzuweisen; so leisteten einige zwar deme Folge, andere dahingegen theils Schöpfen des Hofgerichts, theils geschworene Hobsleute namentlich Johann Henrich B. Besitzer des Guts zum Born, Wilhelm S. Besitzer des Guts Bertramsberg, Wilhelm zu G. Besitzer des Guts Graselbeck, Peter K. Besitzer des Guts Kleinilbeck, Johann Peter S. Besitzer des Guts Straten, Johann Wilhelm T. Besitzer des Guts Teckhaus, Johann Wilhelm K. Besitzer des Guts zu Klief, Wilhelm H. Besitzer des Guts Terheiden, Wilhelm B. Besitzer des Bockguts, und Jacob K. wendeten sich zu hiesigem Hof-Rathe, als dem eigenen Gerichtshofe.

§. 3.

Daselbst wurde auch die Sache angenommen, dem Stifte die Urbilder derer Hofsbücher aufzulegen anbefohlen, und demnach am 13 April 1769 gesprochen, daß die strittigen Güter nicht nur wegen der Sohlstatt, Garten, und Baumgarten, sondern auch wegen aller darzu gehörigen Aecker, Wiesen, Büschen, und sonstigen Zugehörigkeiten an das Hofsgericht zu D. lehnchurmödig so lange, bis daran Klägere qualitatem allodialem rechtsgnügig erweisen werden, zu halten, mithin die Churmedeträger darüber ein ordentliches Verzeichnüß gemeltem Hofsgerichte abzureichen schuldig, fort selbige Güter ohne Bewilligung des Stifts weder zu beschweren, noch

ad

ad extraneos zu veräusseren mächtig, in Veräusserungsfällen ad extraneos jedoch das gewöhnliche Laudemium zu zahlen verbunden, dahingegen von Aggravations- und Erbpfenningen desfals frei zu belassen, und endlich beklagtes Stift die Kläger, als Churmedeträger zu Leistung ihrer Schuldigkeit in rechtlichen Vorfällen sub pœna caducitatis anzuhalten berechtiget, so dann die Kosten gegeneinander aufzuheben seyen.

§. 4.

Von dieser am zweiten May insinuirten Urthel haben die Kläger am 10 selbigen Monats coram notario, & testibus appellirt, am zweiten Junius die Berufung dahier eingeführt, und am fünften Julius den libellum gravaminum übergeben, mithin die Nothfristen richtig beobachtet

Erster Abschnitt

Von Natur, und Eigenschaft der das Gut ausmachenden Theilen.

§. 5.

Um demnach die von denen Appellanten geführt werdenden Beschwerden zu untersuchen ist vor allem erforderlich. Die Art, und Eigenschaft derer Güter, worüber dermalen gestritten wird, zu bestimmen. Die Appellanten haben erstlich erkläret, unnachtheilig zugeben zu können, daß ihre

ihre Churmede-Güter Lehnen seyen. Zum andern ist auch nicht widersprochen, und so gar von dem Stifte erwiesen, daß von den strittigen Güteren nicht allein jährlichs ein geringer Zins entrichtet, sondern auch bei Absterben des Churmedeträgers die Churmede mit einem Pferde müsse abgestattet werden. Und endlich wird von demjenigen, welcher mit einem Gute behändiget wird, folgender Eid ausgeschworen. „Ich gelobe, und schwöre zu " Gott, einer zeitlichen Frau Abtissinne, und " sämmtlichen Herren Capitularen des Stifts G. " als Hof- und Lehnfrau wegen meines ange" nommenen Guts treu, und hold zu seyn, deren " Bestes zu beförderen, und arges zu verhüten, " jederzeit zu gebührlicher Zeit an dem bestellten, " und gewöhnlichen Hobsgedinge gehorsamlich zu " erscheinen, und demselben einfolgen, den schul" digen Zins, und fällige Churmede aufrichtig " zu bezahlen, darab nichts gefährlich zu ver" hehlen, sondern in allen Weegen mich als ei" nem treuen Lehnmanne gebühret, und wohl " anstehet, zu verhalten, so wahr mir Gott hilft, " und sein heiliges Evangelium: In principio„. Mithin seind die strittigen Güter (wie

TITIUS im teutschen Lehn-Rechte Hauptst. 6 §. 71

sie nennt) Churmede-Lehn, welche denen Bauren dergestalt geliehen werden, daß sie nach geleisteter Lehns-Pflicht jährlich einen gewissen Zins reichen müssen, und wann der Lehn-Mann stirbt, der Lehnherr von dem Erbe das beste Pferd, oder Och-

Ochsen, oder auch eine leblose Sache für die Belehnung forderen kan; zumalen nebst vielen anderen der Freyherr

VON CRAMER ir Wetzlarischen Nebenstunden Theil IV. Abh. III. §. 13

bemerket, casu, quo ſi de prædio curmediali fidelitas præstatur, hoc ipsum feudis accensendum esse.

§. 12.

So klar hieraus die Eigenschaft der strittigen Güter erhellet, eben so sehr wird von denen Appellanten in Zweifel gezogen, worinnen die Churmede eigentlich bestehe. Dieselben geben vor, daß das Haus, Garten, und Baumgärten nur churmedig seye. Sie beschweren sich derohalben darüber, daß der Beweis der allodial Eigenschaft ihnen aufgetragen worden. Sie führen des Endes aus dem

ROSENTHAL *Tract. jur. Feud. Cap. XII. Concl. XV. num.* 54 *&* 55

an: Posito casu concessionem castri simpliciter factam tantum valere, ac si castrum cum pertinentiis suis, vel cum omnibus, quæ ibi habet dominus, concessum esset, quod præsumptio esset facienda (quod aliter jam non decido, & non semper idem esse puto, *vide cap.* 5 *q.* 6 *& seqq., & patebit ex paulo post dicendis, & paulo ante traditis*) tamen propterea non præsu-

sumeretur, dominum tempore concessionis hæc prædia, hos agros, aut prata ibi habuisse, & una tradidisse, nisi aliter probetur, *per not. sup. hac ead. q. sub n. 26. in gloss. K.* Est enim concessio etiam illa incerta, & per consequens obscura, nihil probans per se, *qua dicitur, concedo tibi omnia, quæ in loco illo habeo, vel, quæ Titius ibi antea a me possedit*: ideoque non præsumuntur illa, quæ cliens, aut hæres ejus postea ibi reperitur possidere, feudalia, nisi dominus ille probet, quod talia ejus fuerunt vel vasallus ostendendo quid minimum, vel cespitem etiam unum liberaretur, perinde, atque ubi non constat, ex quibus rebus sit vasallus, *ut cap. 8. q. 32. nu. 12. & ibi in gloss. e. f. & d. ac passim.* Incerta enim, & obscura nihil probant sed explicantur contra concedentem, ergo minus præsumptionem libertatis elident. Dieser Satz schickt sich indessen auf untergebene Sache um so weniger, als eines Theils nach Vorschrift des Eides der Churmedeträger gelobet, wegen des angenommenen Guts treu und hold zu seyn. Andern Theils seind auch in denen Hobsprotocollen keine Spuhren von einem Hause, Garten, und Baumgarten, wohl aber von Güteren, und Waldungen anzutreffen. Also vermelden dieselben, daß am neunten April 1639 auf Absterben Peter zu Grosilbek dessen Sohn Johann mit dem Gute zu Grosilbek

*Fol. 63. p. *.*

am 31 Martz 1728 auf Absterben Johann zu Grosilbek, als welcher wegen des Guts zu Grosilbek zu Buch gestanden, dessen Sohn Wilhelm

Fol. 22. & 23.

am achten April 1733 auf Absterben Johann Strukesberg dessen Sohn Peter mit dem Gut Bertramsberg,

Fol. 31. *p. v.*

am neunten April 1749 auf Begehren des Peter Strukesberg dessen Sohn Johann Wilhelm mit dem Gut Bertramsberg

Fol. 53. & 54.

am neunten April 1738 auf Absterben Johann Straten dessen Sohn Johann Peter Straten mit dem Gut Straten

Fol. 38. & 39.

und am 21 April 1756 auf Absterben des Theodor Klief dessen Sohn Johann Wilhelm Klief mit dem erledigten Gut Klief seye behändiget worden.

Fol. 64. *p.* 1.

Also vermelden dieselben, daß am 24 April 1639 Rutger zu Bertramsberg dem Adolph von der Auen das Gut Bertramsberg

Fol. 29. & 30.

am

am 14 April 1694 der Peter Fischell dem Gerhard Vogel das Gut Tekhausen

Fol. 66. & 67.

am vierten April 1714 Johann Jacob von Redinghoven dem Wilhelm Bernsau das Gut zum Vorn

Fol. 2. & 4.

am 16 April 1727 Erbgenahmen Merrfeld dem Wilhelm Jäger das Gut Buschhaus mit Ländereien, Büschen, Wiesen, und Weyeren

Fol. 20. & 21.

und am 21 April 1756 Mauriz Terofen dem Anton zu Stein das Gut Terofen mit Rechten, und Gerechtigkeiten nach vorläufig erhaltener Bewilligung der Lehnfrau verkaufet habe.]

Fol. 64. & 65.

Also vermelden dieselben, daß am 10 April 1613, und 23 April 1642 die Lehnfrau wider den Besitzer des Bokguts wegen abgebrochener Zehendscheune, und abgehauenen hohen Holtzes

Fol. 323. 326. & 330.

am 11 April 1635 wider den Halbwinner zu Ludenberg wegen abgehauener groben Eichen,

Fol. 462. & 463.

und

und am 22 April 1615 wider den Adolph zu Rhelen wegen geschehener Verspleissung des Guts

Fol. 352.

desgleichen am 15 April 1705 wider Erben des Guts zu Dellinghausen wider den Nutzniesser Otto wegen abgefällter Bäume, und vernachläßigter Unterhaltung derer Gebäude,

Fol. 77. & 78.

Und endlich am vierten April 1657 wider Wilhelm Straten wegen des von seinem Gut Straten vorhin abgesplissenen Guts am Neuenhause bey dem Hobsgerichte Klage geführet haben.

Fol. 28. & 29.

Woraus dann unhintertreiblich folget, daß gleichwie die Appellanten nicht mit denen Häuseren, sondern mit denen Güteren behändiget, mithin die Churmedelehnbare Natur derer Güter selbsten ausser allem Zweifel gesetzet, und nur von der Eigenschaft derer Zubehörigkeiten, oder der das Gut ausmachenden Theilen die Frage ist; also die rechtliche Vermuthung nach Zeugnüsse des Freyherrn

VON CRAMER in Wetzlarischen Nebenstünden Theil XI. Abh. V. §. 3.

für die Lehnbarkeit der partium integralium streite: Tunc enim & hæ utique præsumuntur feudales, quod res una, & integra non censeatur diverso jure possideri; zumalen das Wort:

Gut, zu Latein Prædium an sich etwas universales, und integrales heisset, folglich der Parthey intention ad totum corpus so lange gegründet ist, bis ein anderes quoad partem aliquam erwiesen.

§. 7.

Diese Vermuthung wird dadurch noch um ein merkliches bestättiget, daß bei Absterben des Churmedeträgers die Churmede mit einem Pferde verthaidiget werden müsse; anerwogen nicht allein auf ein Gut, welches nur aus einem Hause, Garten, und Baumgarten bestehet, kein Pferd gehalten werden kan, sondern auch der Besitzer eines solchen Guts kein Pferd vonnöthen hat. Dahero ganz unwahrscheinlich, daß die Churmede desgleichen Guts mit einem Pferde verthätiget werden müsse; zumalen schwerlich sich Bauren finden werden, welche ein kleines Haus mit einem Garten, und Baumgarten zum Churmedelehn unter dem Bedinge nehmen wollen, daß davon ein jährlicher Zinns zu entrichten, und bei Absterben des Churmedeträgers die Churmede mit einem Pferde zu verthätigen seye; in mehrerem Betracht, daß dieser Last allzuschwer, und der zum Lehn aufgetragen werdenden Sache ganz ungleichförmig wäre. Zudeme da die Appellanten selbst angeben, und bekennen, daß die Aecker, Wiesen, und Büsche über hundert, und mehrere Jahren bei, und zu dem Churmedelehn besessen worden seyen; so trift dahier ein, was der berühmte

STRU-

STRUBEN *de jure Villicor. Cap. III.* §. 27. in einem ähnlichen Falle schreibt: Ubi igitur probatum, agros alienatos curiæ villiculi cohæsisse, pro actore militat præsumtio. Ja die obangeführten Hobsprotocollen führen ganz klar mit sich, daß Aecker, Wiesen, Weyeren, und Büschen zu denen Churmedegüteren gehören, und die nemliche lehnbare Natur, wie die Güter selbst haben. Ich kan zwar nicht sagen, daß dieses von denenjenigen Güteren, welche die Appellanten besitzen, in denen Hobsprotocollen erfindlich seye. Inzwischen aber vermeyne ich, aus demjenigen, so in denen Hobsprotocollen enthalten, ganz bündig geschlossen werden zu können, daß das Wort: Gut nicht in einem engern, sondern in dem gewöhnlichen Sinne zu nehmen seye; dann da die Hobsprotocollen erweisen, daß einige Churmedelehnen, welche Güter genennt werden, nach der eigentlichen Bedeutung des Worts: Gut aus Gebäuden, Aeckeren, Wiesen, Büschen, und Weyeren bestehen; so kan man nicht wohl anders vermuthen, noch dafür halten, als daß alle übrigen Churmedelehnen, welchen der Name eines Guts in denen Hobsprotocollen beigeleget wird, auch wahre, und eigentliche Güter, welche aus Gebäuden, und Ländereien bestehen, seyen; zumalen die Appellanten nicht einmal angereget haben, daß ein einziges Churmedelehn, welches in denen Hobsprotocollen ein Gut genennet wird, in einem blossen Hause, Garten, und Baumgarten bestehe.

§. 8.

Ob übrigens gleich die Churmedegüter nach Anmerkung des

FELTMANN *Oper. Jurid. Tom. I. Tractat. de jure in re, & ad rem Cap. VI.* §. 19.

eine so genennte Sohlstatt haben, ad quam pertinent domus, hortus, area, arbores, pomaria, & alia quædam, si non sint diruta, aut deserta; so bestättiget jedoch dieses noch so gar, daß zu denen Churmedegüteren nebst dem Hause, Garten, und Baumgarten mehrere Länderei, Wiesen, und was dergleichen insgemein, und durchgehends zu gehören pflegen. Ohnehin werden auch dergleichen Güter zu Teutsch Churmedegüter

VON BURI in Abhandlung von Bauergütern p. m. 134.

LENNEP in Abhandlung von der Leyhe zu Landsiedel-Recht tit. II. §. 37.

und zu Latein Bona curmedialia

DE COCCEII *Exercit. curios. Vol. I. Disp.* 85. §. 11.

oder curmedica prædia,

FLEISCHER *Institut. jur. Feud. Cap. III.* §. 62.

genennt, und durch die Benennung schon genugsam angedeutet, daß ein solches Gut aus mehrerem,

rem, dann einem Hause, Garten, und Baumgarten bestehe. Prædium enim est totum, quod pro arbitrio possidentium pluribus quandoque constat fundis, nam fundus in prædio est, sicut locus in fundo

LEISER *in jur. Georg. Lib. I. Cap.* 2. *num.* 6.

Wessenthalben also die Appellanten darüber kein gegründetes Beschwer zu führen haben, daß der Beweis der angegebenen allodial Eigenschaft ihnen ist auferleget worden.

Zweyter Abschnitt.

Von Veräusserung, und Verpfändung derer Churmedegüter.

§. 9.

Ein nemliches ist auch von dem andern Beschwer zu sagen, welches daraus gemachet werden will, daß die Appellanten für nicht mächtig erkläret werden, die Churmedegüter ohne Bewilligung des Stifts zu veräusseren, und zu beschweren. Dann obschon

ROSENTHAL *Tract. jur. Feud. Cap. VI. Concl. LXVI. num.* 2.

und

VOETS *de jur. Revolut. Cap. IV. num.* 23.

bezeu=

bezeugen: Quædam feuda plane degenerantia, & impropria reperiuntur, ex quibus vasalli successor meliorem equum, bovem, aut simile quid solvere tenetur, vulgo Churmiedt, alibi Hof, alibi Huebgûter vocantur; so gehet jedannoch die gemeine Meynung derer Rechtsgelehrten, namentlich

GORIS *Adversar. jur. Tract. III. Part. I. Cap.* 13. *num.* 14.

FLEISCHER *cit.* §. 62.

VON BURI *cit loc. p. m.* 140.

LENNEP in Abh. von der Leihe tit. VI. §. 5. und tit. X. §. 7.

dahin, daß die Churmedegûter ohne Vorwissen, und Bewilligung des Herrn nicht mögen veräussert, vertheilet, noch einiger massen darûber verordnet werden. Ja in der von

FELTMANN *cit. Cap. VI.* §. 18. (*)

angefûhrten Urkunde ist so gar zu lesen: Super Prædiis, quæ pertinent ad villam Vishoff, quæ similis est Henselan, & Bischophoff, Præco ibi vocat Hobsfoone, Hobsgericht, in territorio Essendiensi ejusmodi bona Hoebsgûter non possunt obligari sine consensu der Hoebsherren, uti in convocatis creditorum der mummors Peckelherings Hove judicatum.

§. 10.

§. 10.

Zudeme da obangeführter massen die Appellanten sowohl, als alle übrigen, welche mit Churmedegüteren behändiget werden, den Eid der Treue ausschwören müssen; so ist auch dahier mit

ROSENTHAL *Tract. Jur. Feud. Cap. II. Concl. LXIV. num. 1.*

zu schliessen; ea bona, quæ in aliquibus locis ita plerumque concessa sunt, ut quot annis ex illis modicum quid præstari soleat, & mortuo accipiente, hæres ejus meliorem equum, aut bovem in relevium solvere, & juramentum fidelitatis præstare teneatur, potius feudalia, quam emphyteutica judicanda, ideoque in iis omnibus, quæ speciali loci consuetudine aliter non observantur, jure feudorum regi debere, etiamsi nulla præter ipsam fidelitatem ex iis præstentur militaria, seu armorum servitia, vulgo Churmiedt, oder Hoffguetter; zumalen nicht nur der

DE COCCEII *cit.* §. 11.

und der Freyherr

VON CRAMER in Wetzlarischen Nebenstunden Theil IV. Abh. III. §. 14.

diesen Schluß genehmen, sondern auch so gar der

VON LUDOLF *Part. III. Observ.* 283.

schreibt:

schreibt: Per Adjunct. |55| |56| |57| docetur, in dicto Ducatu, nempe Juliacensi propter Curmodialia fidelitatem præstari, ergo sequitur, eadem naturam feudorum imitari. Welchem zu allem Ueberfluße annoch beyzufügen, was vorhin schon

VOETS *in Histor. Jur. num.* 265.

mit folgenden angeführet: Jurisdictionem gemelter Hoffsgerichter, und Laetbanck esse fundatam, quando agitur ad solutionem annui census, Canonis, Relevii, Curmedæ, & similium, quæ ex hisce prædiis quot annis a possessore, vel illo mortuo ab ejus hæredibus, aliasve præstari solent, item si dominus der Hoffs- oder Laetenherr ob intermissam prædicatorum præstationem, neglectam recognitionem, illicitamve alienationem &c. ad caducitatem prædii contendat.

§. 11.

Gehen wir endlich zu vollkommener Ueberzeugung in die aufgelegten Hobsprotocollen ein; so finden wir in dem Protocoll vom 15 Nov. 1615

Fol. 347.

von dem Syndico angezeigt worden zu seyn, daß die Besitzere des Bockhauses das Lehngut nicht allein gegen Hobsbrauch, und eidliche Leistung verhauen, und verwüstet, sondern auch ohne Bewilligung der Lehnfrau zu veräusseren sich gelüsten lassen,

lassen, und also ihren Lehnbrauch, und Erbgerechtigkeit verwürket haben. Das Protocoll vom 29 Mertz 1617 führet

Fol. 372.

bey sich " Erscheinet Georg Scholl von Wülffrath " in Namen der Wittiben Barwinkel, und præ" sentirt der Lehnfrau schriftlichen Consens, und " Bewilligung wegen anerkauften Guts zu Bocks" haus ". In dem Protocoll vom 14 April 1658 ist

Fol. 30. *p.* *v*.

enthalten " Adolph von der Auen erscheinet, und " zeigt an, was Gestalten er von Rütgern aufm " Bertramsberg, und dessen Miterben gemeltes " Gut aufm Berg in einen Erbkauf mit Bewilli" gung, und Consens der Frau Abtißinnen an sich " bracht, und gekauft, und bitt also die Hand umb " und auf sich setzen zu lassen ". Das Protoeoll vom 17 April 1675 lautet

Fol. 43. *p.* *v*.

also " Ebenfalls hat der Hofsschreiber Antonius " Grünfeld gerichtlich zu erkennen gegeben, daß " er das Gut zu Niell mit Vorwissen, und Belieben " eines Hoch= und Wohlehrwürd. Capituli käuf" lich an sich gebracht, auch des Laudemii hal" ber sich abgefunden ". Vermög des Protocolls vom 10 April 1697 ist

Fol. 69. *p.* *v*.

folgendes Decretum ertheilet worden " Weilen " in Erfahrung bringen, daß das Cloister S. Ca-

" tha-

" tharinæberg in S. den Ludenberger Hof pro-
" prietarie in Besitz, und Niessung habe, und
" aber selbiger undisputirlich in allhiesiges Hobs-
" gericht sortirt, und anfölglich sich gebühret
" hätte, bei Kauf- und Verkaufung, oder etwa
" Cedirung gemelten Hofs des erforderenden Con-
" sensus halber der Gebühr anzumelden; als
" wird obgemeltem Cloister S. Catharinenberg
" hiemit auferlegt, in Zeit von acht Tagen ihre
" Kauf- oder Cessionsbrief nicht allein zu ediren,
" sondern sich der Gebühr zu qualificiren, wel-
" cher Gestalten erwehntes Cloister zum Besitz,
" und Genuß erstangezogenen Ludenberger Hoffs
" gelanget seye. Deme Vorgangen ergehen solle,
" was Rechtens „ Derlei Stellen würde ich noch mehrere anführen, wann nicht die Appellanten selbsten in ihrer am 17 April 1765 bei hiesigem Hof-Rathe übergebenen Gegenerklärung

Fol. 2.

rund aus gestanden hätten, nicht anders zu wissen, als daß die Churmedegüter an keinen dritten absque consensu Capituli mögen veräusseret werden.

§. 12.

Mit welchem Fuge, und Gewissen wollen demnach die Appellanten vorschützen, daß sie aus der Eigenschaft derer Güter, und dem Innhalt des einem Churmedeträger obliegenden Eides den gemeinen Satz für sich hätten, daß in der Macht eines Lehnträgers nicht stünde, per implorationem consensus alienandi seinen Mitbrüderen ein præ-

præjudicium auf den Hals zu laden, und daß diejenigen drey, wovon die Hobsprotocollen erwehneten, die Bewilligung in der irrigen Meynung nachgesuchet hätten, alswann selbige wäre erforderlich gewesen? Die obangezogenen Rechtsgelehrten, und Hobsprotocollen überführen ja die Appellanten des geraden Gegentheils, und die letzteren verdienen um so mehrern Glauben, als die Schöpfen, welche das Hobsgericht begleiten, und also die Protocollen abhalten helfen, jederzeit aus den geschworenen Churmedeträgeren erwählet worden, und noch würcklich erwählet werden. Wo also dahier unwidersprechlich statt findet, quod credatur den Hoffsrollen, und Registeren, quod agitur de factis admodum antiquis; cum ita passim in his regionibus observetur in registris collegiorum, & Monasteriorum.

VOETS *in Histor. jur. num.* 278.

so ist der Unfug des zweiten Beschwers ganz offenbar.

Dritter Abschnitt

Von der Lehnwaare, oder laudemio.

§. 13.

Als viel das dritte Beschwer angelanget; so giebt eines theils

ROSENTHAL *Pract. jur. Feud. Cap. VI. Concl. LXVI. num* 2

das Zeugnüß, daß nach dem Herkommen, und der in hiesigen beeden Herzogthumen Gülich, und

Berg,

Berg, wie auch in dem Ertzstifte Cölln, und anderen benachbarten Landen hergebrachten Gewohnheit die Lehnwaare, oder das so genennte laudemium zu bezahlen seye, wann das Churmede gut auf einen ganz neuen Besitzer veräusseret wird. Andern theils hat auch der

VON BURI in Abh. von Bauer=Güteren p. m. 187 & seq.

wie auch

LENNEP in Abh. von der Leyhe *Tit. III.* §. 6

vollständig angewiesen, daß die Bezahlung der Lehnwaare bei den teutschen Bauerengüteren, worunter die Churmedegüter bekenntlich mitgerechnet werden, von alters her seye gebräuchlich gewesen.

§. 14.

Hiemit stimmen auch die aufgelegten Hobsprotocollen vollkommen überein. In dem Protocoll vom fünften April 1684.

Fol. 54. *p.* ꝟ.

heisset es nemlich "Eodem ist decretirt, " weil" len der H. Hauptmann Morscheid das Reler" gut zu Wülfrath käuflich an sich bracht, und" das Laudemium bis dahin nicht bezahlt, noch" auf heut den gewöhnlichen Zins entrichtet, daß" dahero wider gedachten H. Hauptmann citatio" ad solvendum laudemium mit dem Anhang" erkennt seyn solle, daß wofern derselbe inner" sechs Wochen Zeit ab insinuatione all solch

" lau-

" laudemium, wie auch den schuldigen Zins nicht
" entrichtet haben würde, daß alsdann, wie mo-
" ris, & styli, wider denselben verfahren wer-
" den solle ". So dann ist in dem Protocoll
vom 14 April 1694

Fol. 66. *p.* 1.

zu lesen " H. Pater Petrus Fischel S. Catha-
" rinæ montis in G. Rector hat zwar bei die-
" sem freiadlichen Stift G. zu erkennen gegeben,
" was Gestalt gemeltes Convent das zu Teck-
" hausen in der Honnschaft Milrath Unteramts
" Mettmann gelegenes Gut verkauft. Weilen aber
" darüber der gebührende Consensus von obge-
" meltem Stifte nit belanget, weder auch das
" Laudemium nach gemeinen Landbrauch nemb-
" lich zwei Rthlr. vom Hundert erlegt, und
" præstanda nicht præstirt; als wird pro nunc
" der Zins cum solennissima protestatione, &
" reservatione acceptirt ". Desgleichen wird in
dem Protocoll vom sechsten April 1695

Fol. 67. *pag.* 1.

gemeldet " Auf geschehenen Kauf des also genenn-
" ten Guts zu Teckhausen, und vorher bezahlten
" laudemii ad 2 Rthlr. vom hundert ist Käufer
" Gerhard Vogel zu Teckhausen nach Abstattung
" dubbelen Zinsen, und erlegten Hobsgebührnüssen
" mit gemeltem Teckhauser Gut auf ausgeschwo-
" renen gewöhnlichen Hobseid behändiget, und
" zu

" zu Buch gesetzt worden „ Ferner bewähret das
" Protocoll vom 24 April 1715.

Fol. 4 *p.* 1

mit kurzen "Auch hat Wilhelm Bernsaw wegen
" des von H. Redinghoven, und Jansen käuflich
" an sich gebrachten Curmedialguts zum Borners-
" hofs genennt das schuldige laudemium abge-
" führt, und bezahlt „. Nicht weniger führet
" das Protocoll vom 31 Mertz 1717

Fol. 5 & 6.

mit sich " Nachdeme ein hochwürdiges freyade-
" liches Capitulum vernommen, welcher Gestalt
" der Ludenberger Hof vor einiger Zeit ohne Con-
" sens an H. Rubens veralienirt seyn solle, sol-
" ches aber gegen hiesige Hobsgewohnheiten lau-
" fet, und zuvorderist nicht allein der Consens
" eingehohlet, sondern auch das Laudemium ab-
" geführet werden müsse; als bate dem Besitzer,
" und Ankäufer aufzugeben, das instrumentum
" acquisitionis inner kurzer Zeit zu ediren „.
Und endlich wird in der am 28 Mertz 1742 zu
Veräusserung des Ludenberger Guts, wie auch in
der im Jahre 1756 zu Veräusserung des Guts
Terosen ertheilten Bewilligung erwehnet, daß die
gewöhnlichen Laudemii Gelder mit zwey vom
hundert zu entrichten seyen. Ist nun vermög der
Verordnung vom Jahre 1558

§. Und nachdem

nach

nach den in denen Hoffsweißthumben, Broegen, Rollen, und Registeren beschriebenen Hoffsrechten, modo sint authentica, usu recepta, rationabilia, & juribus superioris non adversentur,

VOETS *in Histor. jur. num.* 264.

zu urtheilen, und zu erkennen; so hat der hiesige Hof-Rath ganz rechtlich gesprochen, daß die Appellanten bey Veräusserung derer Churmedegüter auf neue Besitzere die gewöhnliche Lehnwaar zu zahlen verbunden seyen.

Vierter Abschnitt.

Von Androhung der pœnæ caducitatis.

§. 15.

Zum letzten Beschwer solle denen Appellanten gereichen, daß das Stift berechtiget erkläret worden, die Churmedeträger zur Leistung ihrer Schuldigkeit in rechtlichen Vorfällen sub pœna caducitatis anzuhalten. Dieses Beschwer ist inzwischen ebenfalls nicht gegründet; anerwogen erstens ein Churmedelehn (wie der Freyherr

VON CRAMER in Wetzlarischen Nebenstunden Theil IV. Abh. III. §. 14.

schreibt) die Natur derer Lehnen hat, und also von ihme gilt, was von denen Lehnen nach denen Lehnrechten prædicirt wird. Zum andern wann

der

der Hof- oder Hobsherr nach obangegeführtem Zeugnüsse des

VOETS *in Histor. jur. num.* 265.

wegen nicht entrichteten jährlichen Zinses, und Lehnwaare, wegen nicht verthaitigter Churmede, und wegen unerlaubter Veräusserung ad caducitatem handelen kan; so mus demselben noch viel mehr nachgelassen werden, seine Churmedeträger zu Leistung ihrer Schuldigkeit sub pœna caducitatis anhalten zu können; zumalen kein anderes Zwangsmittel dem Hobsherrn überbleibt. Ueber dies ist noch am sechsten Mertz 1766 in Sachen des Dohm-Capitels zu Cölln wider die Besitzere der zum Hofgerichte Groensscheid lehnrührigen Güter bei hiesigem Geheim-Rathe zu Recht erkennt worden, daß die Lehnpflichtigen schuldig zu erklären seyen, die in dem Protocoll vom Jahre 1578 beschriebenen præstationes bei Vermeidung der Heimfälligkeit zu leisten.

Fünfter Abschnitt.

Von der Lehnwaare bey Verpfändung derer Churmedegüter.

§. 16.

Das Stift zu G. hat von der am 13 April 1769 eröfneten, und am 28 selbigen Monats ausgelösten Urthel am zweyten May coram notario,

tario, & testibus ebenfalls appellirt, die eingelegte Berufung am 31 May dahier eingeführt, am 20 Junius processus erhalten, und am 29 August den libellum gravaminum übergeben, mithin die Nothfristen richtig beobachtet.

§. 17.

So dann beschweret dasselbe sich erstens darüber, daß die Appellaten für die Fälle, wann ein Churmedegut mit Schulden beschwert, und verpfändet wird, von Bezahlung der Lehnwaare frei gesprochen worden. Zu Begründung des Beschwers schützet das Stift ein besonderes Herkommen, und Gewohnheit vor, welche in erster Instanz aus der Ursache nicht erwiesen worden wäre, weilen die Appellaten nur eingewendet hätten, daß in solchen Fällen die Lehnwaar nach den gemeinen Rechten dem Lehnherrn nicht gebührte. Alleine da das Stift selbst eingestanden, und nachgegeben, daß nach den gemeinen Rechten in dem angeführten Falle die Lehnwaar nicht zu zahlen seye; so hätte selbiges auch leichte wissen können, und müssen, daß der Beweis der vorgegebenen besondern Gewohnheit um so nöthiger seye, als die aufgelegten Hobsprotocollen von der besondern Gewohnheit nicht das allermindeste erwehnen.

§. 18.

Weit gröber ist derohalben gefehlet worden, daß das Stift den ihme obliegenden Beweis so

gar in dieser Instanz nicht beibracht, sondern sich nur allenfalls, nemlich wann es darauf ankommen sollte, vorbehalten hat. Aus denen Rechten ist zwar bekennt, daß ein Appellant das nicht angeführte anführen, und das nicht erwiesene erweisen möge. Dahingegen hab ich nie gehört, noch gelesen, daß ein Appellant genug thue, wann er den ihme obliegenden Beweis in der Berufungsinstanz nicht beybringet, sondern sich nur blosser Dingen vorbehält. Die Nothwendigkeit des Beweises anzuerkennen, und gleichwohl die Führung zu unterlassen, ja gar selbige sich allenfalls vorzubehalten, ist in der That nichts anderes, als seine Schuldigkeit nicht erfüllen, sondern vielmehr mit dem Richter, und denen Gesetzen scherzen zu wollen. Mithin mag auch demjenigen, welcher wider die Gesetze gefrevelet, kein Rechtswohlthat verliehen, noch der Beweis einem solchen aufgegeben werden, welcher selbst die Nothwendigkeit anerkennt, jedannoch aber um die Führung sich nicht bemühet, sondern selbige sich vorbehält, und dadurch den Richter gleichsam zu zwingen trachtet, daß selbiger ihn, um die Erfüllung der Schuldigkeit noch zu allem Ueberflusse ersuchen, und bitten solle. Dieses ist aber einem Verwegenen nicht zu gestatten, sondern wegen unterlassener Schuldigkeit in gegenwärtigem Vorfalle die vorige Urthel ohne weitern Verzug zu bestättigen.

Sech-

Sechster Abschnitt

Von der Lehnwaare bey Vertheilung derer Churmedegüter.

§. 19.

Das andere Beschwer wird von dem Stifte daraus geleitet, daß die Appellaten von Bezahlung der Lehnwaare auch für den Fall freygesprochen worden, wann ein ganzes Churmedegut bei Theilung der elterlichen Erbschaft einem Kinde dergestalt verbleibe, daß selbiges seinen Geschwistern für dererselben Antheilen baares Geld herauszugeben, oder zu zahlen habe.

§. 20.

Noch heut zu Tage ist es (wie

LENNEP in Abh. von der Leyhe *tit. III.* §. 9

schreibt) eine zweifelhafte, und unter denen Rechtsgelehrten bestrittene Frage, ob in vorbemeltem Falle die Lehnwaare müsse bezahlt werden. Unter anderen will

BOEHMER *Consult. Tom. II. Part. I. Resp.* 189 *num.* 7

zwar behaupten, daß wann einem, oder andern Miterben Erb-Güter um Geld an- und zugeschlagen

schlagen werden, und er denen coheredibus ihre ratam an Gelde bezahlet, es mehr ein Schein, als wahrer formeller Kauf seye, Der von selbigem zu Zeuge genommene

HEESER *de Bonor. & inprimis Adquæst. Part. II. Loc.* 27 *num.* 50

und

TIRAQUELL *de Retr. lignag.* §. *I. Gloss. XIV. num.* 77

bewähren aber das Gerade Gegentheil. Denen letzten pflichtet auch

LEYSER *ad π. Vol. II Spec.* 117 *med.* I

folgender massen bey: Verum enim vero, qui prædium hereditarium æstimatione facta coheredi relinquit, certamque sibi pro parte sua pecuniam stipulatur, vendit prædium *l.* I *C. communia utriusque judicii l.* 3 *C. communi dividundo*, adeoque jure suo se penitus abdicat. Daraus hat nicht allein

CARPZOV *Part. II. Constit. XXXIX. Def.* 25. *num.* 14.

schon lange vorhin gefolgeret; Quin potius tacite hoc casu facta divisio, quam demum sequitur venditio, vel alienatio in coheredem, qui ceu novus possessor ad executionem laudemii omnino est obstrictus; sondern auch die Universität zu Jena, und zu Würtzburg bey

REIN-

REINHARTH *ad Christinæi Dec. Vol. VI. Observ.* 34. *Num.* 6. *fol.* 101.

zum Hauptgrunde ihrer Sprüche gelegt " Wie " nemlich die Befreyung vom Lehngelde sich da= " rauf gründe, daß dasjenige, was ein Erb in " der Theilung bekommen, dessen gehörige Erb= " portion entweder ganz, oder zum Theil seye; " was aber NB. die völlige Portion übersteige, " solches allein werde für erkauft gehalten, und " müße das gewöhnliche Kauf=Lehn davon gege= " ben werden ". Auf gleiche Weise ist nach Zeug= " nüsse des

VON LUDOLF *Observ.* CCCLXXXVII.

bei dem kayserlichen, und Reichs=Cammergerichte am 13 May 1724 geurtheilet worden.

§. 21.

Von denen Appellaten will zwar eingewendet werden, daß nach Absterben des Churmedeträgers die Churmede mit einem Pferde zu vertheitigen, mithin kein doppelter Last denen Erben aufzubürden seye. Alleine eines Theils ist ein anderes, die Churmede verthaitigen, und wiederum ein anderes, einem Miterbe das ganze Churmedegut gegen baares Geld überlassen. Das erste mus geschehen, wann gleich das andere nicht erfolget. Dahero von einem auf das andere kein bündiger Schlus zu machen ist. Andern Theils bezeugen auch die beybrachten Hobsprotocollen, daß bey Leb=

Lebzeiten derer Elteren öfters ein Kind mit dem Churmedegut seye behändiget worden. Sterben nun gleich in solchem Falle die Elteren; so ist jedoch die Churmede nicht zu verthaitigen. Mithin kan nicht allemahl gesagt werden, daß die Erben einen doppelten Last zu tragen haben, wann sie einem von ihren Miterben ihre Antheilen gegen baares Geld überlassen. Ueber dies wann durch Absterben derer Elteren, als Churmedeträger die behändigte Hand stirbet, und demnach die Kinder einem von ihren Miterben das ganze Gut übertragen; so ereignen sich zwey Fälle, nemlich das Absterben des Churmedeträgers, und zugleich die Veräusserung des Churmedeguts. Wannenhero auch nichts billiger, dann daß die Churmede mit einem Pferde verthaitiget, und annebst die Lehnwaar entrichtet werde; zumalen nur die Lehnwaar allein zu zahlen ist, wann ein Churmedegut verkauft, oder sonst veräusseret wird.

§. 22.

Wessenthalben zu sprechen wäre: daß durch Richter voriger Instanz theils wohl, theils übel geurtheilet, theils wohl, theils übel davon appellirt, und adhærirt, dahero solche am 13 April 1769 bei hiesigem Hof=Rathe eröfnete Urthel respective zu bestättigen, und zu reformiren seye, also, und dergestalt, daß nemlich in denen Fällen, wo ein Churmedegut einem Kinde allein bei Theilung der elterlichen Erbschaft solcher Gestalt übertragen wird, daß dasselbe seinen Miterben für

derer

dererselben erbschaftliche Antheilen des Churmedeguts baares Geld aus dem seinigen herauszugeben, und zu zahlen habe, dem adhærirenden Stifte das so genannte Laudemium, jedoch nur von den für die denen Miterben gehörigen Antheile, und derer Werth herauszugebenden baaren Gelder zu entrichten, und zu bezahlen, so dann Appellanten Wilhelm S., Henrich B. und übrige Betheiligten in eine Halbschied der dahier aufgegangenen Kösten nach rechtlicher Ermäßigung fällig zu ertheilen, die andere Halbschied aber gegeneinander aufzuheben, und zu vergleichen seye, als hiemit zu Recht erkennt, bestättiget, reformirt, fällig ertheilt, und gegeneinander aufgehoben, und verglichen werden.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Buininck, Goswin Joseph Arnold von, 1728-1805

Goswin Joseph von Buininck Gülich- und Bergischen Geheim- wie auch Oberappellationsgerichts Raths, und Bibliothecarius Neueste Sammlung merkwü rdiger Rechtshändel
Bd.: 1.

Düsseldorf (1791)

Decis. 19 c-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396514-9
VD18 90136624